D. Adolph Dieterich Weber,

Professor zu Kiel,

# Systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung.

Dritte und lezte Abtheilung.

Schwerin, Wismar und Bützow,

im Verlag der Boednerschen Buchhandlung. 1787.

# Inhalt.

Fünfter Abschnitt. Von natürlich erlaubten, auch bürgerlich nicht verbotenen Rechtsgeschäften, welche jedoch nach Vorschrift des Civilrechts den völligen gerichtlichen Effekt nicht hervorbringen.


§. 78. Einleitung. Seite 1.

- 79. Klassifikation der einzelnen hieher gehörenden Rechtsgeschäfte. 3.

§. 80. In der Regel steht es den Parteien frei, in ihren Privat-Angelegenheiten die Rechte und Verbindlichkeiten anders zu reguliren, als die positiven Gesetze es bestimmet haben. 5.

§. 81. 82. Ueber natürliche Verbindlichkeiten, welche mit den bürgerlichen Bestimmun-

gen der Privat-Geschäfte nicht harmoniren, und darum den völligen gerichtlichen Effekt nicht haben. S. 11.

§. 83. 84. 85. Ueber den heutigen Gebrauch dieser römischen Gesetze. 18.

§. 86 87. 88. Zweite Klasse; enthaltend diejenigen Fälle, wo das persönliche Verhältnis der Parteien, in Rücksicht auf den bürgerlichen Zustand, eine gerichtliche Unwirksamkeit natürlicher Verbindlichkeiten veranlasset. 26.

§. 89. III) Einschränkung des gerichtlichen Effekts natürlicher Verbindlichkeiten aus billiger Nachsicht gegen den Schuldner. 40.

## Sechster Abschnitt. Erstes Kapitel.

**Von den Vorschriften des Civilrechts, wodurch der bisherige gerichtliche Effekt einer natürlichen Verbindlichkeit in der Folge ganz oder zum Theil wieder aufgehoben wird.**

§. 90. Gründe dieser bürgerlichen Anordnung. S. 43.

§. 91.

§. 91. 92. 93. Ueber die natürliche Verbindlichkeit in solchen Fällen. S. 49.

§. 94. Fortsetzung; vorzüglich von dem Schuldner, der durch ungerechten richterlichen Ausspruch losgesprochen worden. 64.

Zweites Kapitel. Allgemeine Beobachtungen zu diesem und dem nächst vorhergehenden Abschnitte.

§. 95. Nach welchen Gesetzen der Richter im Fall einer Kollision der positiven Rechte verfahren müsse? S. 72.

§. 96. Einige Bemerkungen über Erklärung und Anwendung dieser Gesetze. 83.

§. 97. Nachtrag allgemeiner Bemerkungen über die Kompensation wegen blos natürlicher, nicht klagbarer Verbindlichkeiten. 87.

Siebenter Abschnitt. Von natürlichen Liebespflichten, welche durch positive Gesetze die Wirkung einer Zwangspflicht erhalten haben.

§. 98. Einleitung. S. 92.

§. 99. Einzelne Fälle. 95.

§. 100. Nähere Bestimmung des gerichtlichen Zwangrechts. 98.

§. 101. 102. Kurze Widerlegung verschiedener Irrtümer 102.

## Achter Abschnitt. Vom Pfandrechte, wegen blos natürlicher Hauptverbindlichkeiten.

§. 103. Einleitung. S. 115.

§. 104. 1) Wann die Hauptverbindlichkeit ganz fehlt oder aufhört: So fällt auch das Pfandrecht weg; 2) Ueber die vermeinten Ausnamen von dieser Regel. 116.

§. 105. 106. Von den Fällen, wo das Pfandrecht in dieser Hinsicht der Regel nach gänzlich hinweg fällt. 121.

§. 107. 108. Ueber das Pfandrecht, wegen blos natürlicher Verbindlichkeiten im strengen Verstande des Civilrechts. 126.

§. 109. Ueber die Wirkung des Pfandes nach eingetretener Praeklusion. 132.

§. 110. 111. Imgleichen nach abgelaufener Verjährung. S. 137.

## Neunter Abschnitt. Ueber die Bürgschaft in Ansehung einer blos natürlichen Hauptverbindlichkeit.

§. 112. Einleitung. S. 145.

§. 113. Wenn die Hauptschuld verbietenden Gesetzen zuwider; 147.

§. 114. 115. Oder nicht völlig klagbar ist. 154.

§. 116. 117. Ob der Bürge, welcher bezalet hat, auf Entschädigung dringen könne? 167.

## Zehnter Abschnitt. Ueber den Eid.

§. 118. Einleitung. S. 178.

§. 119. 120. Ueber die Wirkung des Eides bey Rechtsgeschäften, die nach Vorschrift der Civilgesetze entweder ganz ungültig sind, oder doch wenigstens den völligen gerichtlichen Effekt nicht haben. 180.

§. 121. 122. Die Vorschriften des kanonischen Rechts haben zu vieler Verwickelung der Sache und zu unendlichen Streitigkeiten der Rechtsgelehrten Anlaß gegeben. 191.

§. 123. Nach welchen Grundsätzen müßte eigentlich in protestantischen Gerichten die Sache behandelt werden? S. 198.

**Eilfter Abschnitt.** Ob und in wie ferne Verträge und Rechtsgeschäfte, die an sich nicht völlig wirksam sind, durch das Konstitutum und nachherige Genehmigung klagbar werden können?

§. 124. Einleitung. S. 207.

§. 125. Entwickelung und richtige Bestimmung der Begriffe. 208.

§. 126. 127. Wirkung im Wege Rechtens. 210.

**Zwölfter Abschnitt.** Von Aufhörung der natürlichen Verbindlichkeit.

§. 128. Bezug auf dasjenige, was hievon bereits oben vorgekommen, nebst einigen Bemerkungen über die verschiedene Arten, eine Verbindlichkeit aufzuheben, in Rücksicht auf natürliche Verbindlichkeiten im strengen Verstande des Civilrechts. S. 221.

Fünf-

## Fünfter Abschnitt.

### Von natürlich erlaubten, auch bürgerlich nicht verbotenen Rechtsgeschäften, welche jedoch nach Vorschrift des Civilrechts den völligen gerichtlichen Effect nicht hervorbringen.

### §. 78.

#### Einleitung.

Nachdem wir bisher von natürlich erlaubten, aber bürgerlich verbotenen Rechtsgeschäften gehandelt haben: So führt uns jetzt die Ordnung auf solche verbindliche Handlungen, welche, obgleich bürgerlich unverboten, dennoch im Gerichte nicht völlig wirksam sind. Dergleichen natürliche Verbindlichkeiten im strengsten Verstande des Civilrechts §. 55) lassen sich gedenken, Einmal, wenn ihnen durch bürgerliche Anordnung der völlige gerichtliche Effekt schon im voraus versagt worden, und zweitens, wenn eine bisher völlig wirksame Verbindlichkeit die fer-

nere Wirkung im Wege Rechtens aus solchen Gründen versagt wird, die nach natürlichen Rechten keine Aufhebung der Zwangspflicht selbst zuwege bringen. Von jenem wird der gegenwärtige, von diesem das erste Kapitel des nächstfolgenden Abschnitts handeln. Da aber beide Gegenstände darin mit einander übereinkommen, daß in der Regel das Dasein und die Fortdauer der natürlichen Verbindlichkeit an sich im bürgerlichen Zustande keinen Zweifel leidet, sondern nur die gerichtliche Wirkung durch Civilgesetze beschränkt worden: So erwachsen hieraus verschiedene Folgen und Verhältnisse, welche beiden gemein sind, die wir aber aus guten Gründen erst im zweiten Kapitel des folgenden Abschnitts näher entwickeln werden; bis dahin versparen wir also die Frage: nach welchen Gesetzen der Richter zu verfahren habe, wenn da, wo geklagt wird, und da, wo der Handel getroffen worden, die Rechte nicht übereinstimmen? imgleichen die Regeln, welche überhaupt bei Anwendung dieser Gesetze auf konkrete Fälle zu beobachten sind, und andere allgemeine Grundsätze. Ich glaube diesen Plan rechtfertigen zu können. Dann jene communia setzen schon eine Kenntnis von der wahren Beschaffenheit der Gegenstände, welche hieher gehören, zum voraus; und müssen durch Anwendung auf einzelne Fälle erläutert werden, wozu in Betracht der besondern Verhältnisse, deren es hier ungleich mehrere giebt, als bei dem Gegenstande des

vori-

vorigen Abschnitts, die erwähnte Ordnung unstreitig die zweckmässigste ist.

## §. 79.

## Klassification der einzeln hieher gehörenden Rechtsgeschäfte.

Die Gründe, wodurch der bürgerliche Gesetzgeber bewogen werden kann, einer natürlichen Zwangspflicht den gerichtlichen Effekt zu entziehen, ohne jedoch den Handel selbst, woraus sie entstehet, gänzlich zu verbieten, sind mancherlei. Im Allgemeinen aber kann man doch die einzele Fälle auf drei Hauptklassen reduciren.

I. Verbindlichkeiten, welche in bürgerlichen Gerichten darum nicht völlig wirksam sind, weil sie mit der Form und sonstigen positiven Bestimmungen der Privatgeschäfte nicht übereinstimmen;

II. Verbindlichkeiten, welche wegen des persönlichen Verhältnisses der Parteien in Rücksicht auf den bürgerlichen Zustand, nicht völlig wirksam sind.

III. Verbindlichkeiten, deren gerichtlicher Effekt darum eingeschränkt ist, weil die Gesetze nach den Regeln der Billigkeit dem Schuldener eine Nachsicht erteilen.

Man hat hiebei auf dem nächsten Hauptgrund der bürgerlichen Vorschrift Rücksicht genommen, da es sonst nicht zu leugnen ist, daß freilich einige einzelne Fälle nicht in Eine dieser Klassen

allein, sondern gewissermassen auch zugleich in eine andere gerechnet werden dürften. Schwierigkeiten dieser Art sind überhaupt in unserer Wissenschaft nicht zu vermeiden, man mag bei dem Vortrag eine Methode zum Grunde legen, welche man will. z. B. Das beneficium competentiae, welches die Gesetze den Soldaten und Vasallen beilegen, kann in einem und andern Betrachte sowol in der zweiten, als auch in der dritten Klasse seinen Platz behaupten; weil inzwischen *fauor debitoris* hier den nächsten Grund der gerichtlichen Unwirksamkeit ausmacht: So habe ich kein Bedenken gefunden, diese Fälle in die dritte Klasse, wo überhaupt die gedachte Rechtswolthat vorkommt, zu rangiren. So viel nun die erste Klasse anbetrift, so wird es nicht undienlich sein, zuförderst dasjenige, was die Regel mit sich bringt, zu erörtern, ob und in wie ferne die Parteien durch Privatdispositionen von der Bestimmung der Civilgesetze in Ansehung ihrer Privatangelegenheiten, abgehen dürfen? und demnächst von den Ausnahmen und Einschränkungen, welche das bürgerliche Recht hinzugefügt hat, zu handeln.

## §. 80.

**In der Regel stehet es den Parteien frei, in ihren Privatangelegenheiten die Rechte und Verbindlichkeiten anders**

zu

zu reguliren, als die positiven Gesetze es bestimmet haben.

Die Menschen haben dadurch, daß sie in bürgerliche Gesellschaften vereiniget und einem Oberhaupte unterworfen sind, die natürliche Freiheit, das Recht über ihre Person und Vermögen nach eigenen Willen Verfügungen zu treffen, nur in soferne aufgeopfert, als diese Freiheit der einzelnen Mitglieder mit der gemeinen Wolfahrt und dem Endzwecke des Ganzen nicht bestehen kann. Hieraus folgt, wenn wir auf der einen Seite den Wirkungskreis der Legislation selbst betrachten, daß alle Vorschriften derselben, wodurch die Disposition des Unterthanen über sich und sein Vermögen eingeschränkt wird, alle Verordnungen, wodurch demjenigen, welcher ein wirkliches Zwangrecht hat, neben der unerlaubten Selbsthülfe auch die gerichtliche Assistenz versagt wird, nur in soferne gerecht sein können, als sie um der gemeinen Wolfahrt willen durchaus nothwendig sind; auf der andern Seite aber, wenn wir die Rechte einzelner Mitglieder, und ihren Anspruch auf gerichtlichen Beistand in vorkommenden Rechtsangelegenheiten betrachten, folgt daraus zum wenigsten so viel, daß alles dasjenige, was sie durch Verträge und einseitige Handlungen über sich und ihre Güter disponiren, so lange vollkommen rechtsgültig sein müsse, bis ausdrückliche Gesetze den Handel entweder ganz ungültig erklärt, oder die

 gericht-

gerichtliche Hülfe versagt haben. Moser sagt: „Der natürlichen Freiheit, die einem jeden Men„schen auch in despotischen Staaten vergönnet „bleibt, ist nichts gemässer, als daß, wann ei„nige Personen über ihre Privatangelegenheiten „paciſciren, dies pactum ohne weitere Confirma„tion gültig sei, und in contradictorio darauf „gesprochen werden müsse, es wäre denn, daß „die Gesetze bei einem oder dem andern Fall „wirklich das Gegentheil statuirten.„ 349) Wann inzwischen einzelne Mitglieder der bürgerlichen Societät sich in diesen oder jenen Rechtshandel einlassen, diesen oder jenen Vertrag mit andern schliessen: So lassen sie es sich selten angelegen sein, und die wenigsten sind überhaupt fähig, auf alle mögliche künftige Fälle mit Rücksicht zu nehmen, und was dabei Rechtens sein solle, gehörig im Voraus zu bestimmen. Wie viele Ehen werden nicht geschlossen, ohne daß die wichtigsten Angelegenheiten beider Ehegatten, worüber in der Folge Streit entstehen kann, durch Verträge unter ihnen im Voraus regulirt werden; wie mancher Kauf- Tausch- Leih-Contrakt ꝛc. ohne bei Errichtung desselben an die möglichen Fälle, der Gefährde, des Betruges, der Fahrlässigkeit u. s. w. zu denken, oder solche durch wechselseitige Vereinbarung zu bestimmen. Was die Natur der Sache, die Vorschriften des Vernunftrechts in solchen Fällen mit sich bringen, ist nicht so ausgemacht, als die Resultate in der Rechenkunst, wo die

Data und die Regeln des Verfahrens so bestimmt sind, daß keiner mit Vernunft solche anders denken kann, mithin, wie viele Personen auch immer eine Aufgabe ausrechnen, die Summa bei allen doch immer dieselbe sein muß. Nicht mit eben der Evidenz folgt in juristischen Problemen die Schlusfolge immer aus den Vordersätzen. Die Entscheidung dessen nun, was die Parteien selbst unbestimmt gelassen haben, lediglich dem Ermessen des Richters anvertrauen, so wie er etwa glaubt, daß die Natur der Sache und die Regeln des Vernunftrechts den vorkommenden Fall entscheiden, würde eben so viel sein, als eine gleiche und sichere Justizpflege von einem blossen Ungefehr erwarten wollen. Um dies nun zu verhüten, und überall Ordnung und Ruhe des Ganzen zu befördern, hat die Gesetzgebung selbst die von dem freien Willkühr der Unterthanen abhängende Privatangelegenheiten mit in ihr Gebiet gezogen, die Rechte und Verbindlichkeiten der Contrahenten bestimmt, damit es für jeden Fall nicht an gewissen Regeln zur Entscheidung vorkommender Streitigkeiten fehlen möge. z. B. Wenn ein Kauf- oder Pacht-Contrakt geschlossen worden, wie es gehalten werden soll, wenn die verkaufte oder verpachtete Sache unbrauchbar ist, wenn eine oder beide Parteien sich säumig in Leistung des Schuldigen beweisen, wenn ein Dritter die Sache evincirt, u. d. m. Wenn aber solchergestalt in den Gesetzen für die vorzüglichsten Fälle möglichst

lichst gesorgt, die Natur eines jeden Geschäftes genau bestimmet, der ganze Inbegrif von Rechten und Verbindlichkeiten, welche daraus entstehen können, berichtigt ist: So frägt sich: ob und in wieferne den Parteien nun noch frei stehe, von jenen gesetzlichen Vorschriften abzugehen, ein anders unter sich zu ordnen, und wenn sie es gethan, ob ihre Privatverfügung die völlige Rechtshülfe erwarten dürfe? „Die „Regenten, sagt der Herr von Tevenar 350) „sind in Absicht der Privatgeschäfte der Unter„thanen mehr Rathgeber, als Gebieter; ihre „Aufmerksamkeit muß nur darauf gerichtet sein, „daß sich Ruhe, Sicherheit und Wolfahrt über „das Ganze verbreite.„ Und aus den obigen Gründen erhellet deutlich genug, daß die Parteien nichts desto weniger in der Regel berechtiget bleiben, durch Privatdispositionen von der gesetzlichen Bestimmung abzuweichen. Denn, vorausgesetzt, daß das Civilrecht durch wirklich verbietende Vorschriften ihnen diese Befugniß nicht entzogen, den Richter nicht ausdrücklich angewiesen habe, auf andere Privatverfügungen keine Rücksicht zu nehmen: So läßt sich bei jenen gesetzlichen Bestimmungen keine andere Absicht gedenken, als daß dasjenige, was die Kontrahenten selbst nicht reguliret haben, doch nicht ganz ohne gewisse Norm dem Gutbefinden des Richters überlassen bleiben möge. So wie es also einem jeden frei stehet, selbst in der Welt eine Rolle zu spielen, oder sich in ein Kloster zu

bege=

begeben, und statt seiner Vernunft die Kloster-regeln zur Norm seines Lebens zu machen: So ist auch den Kontrahenten unbenommen, die Rechte und Verbindlichkeiten in Ansehung ihrer Rechtsgeschäfte selbst zu bestimmen, oder es dieserhalb bei den gesetzlichen Vorschriften zu lassen. Wenn nun der Herr Geh. Justizrath Pütter schreibt: 351) „Was aber Dinge sind, „die das Recht der Natur auf willkührliche po-„sitive Bestimmungen ankommen läßt, da ist „doch bei weiten noch nicht die Folge, daß „solche Dinge ohne Unterschied durch gesetzliche „Vorschriften der höchsten Gewalt bestimmt wer-„den müsten.„ So wird ein Jeder aus Gründen, die wir oben bemerkt haben, sehr leicht erachten, daß diese gesetzliche Bestimmungen an sich und überhaupt genommen sehr nöthig sind, um weitläuftige Rechtshändel und üble Folgen zu verhüten, welche unvermeidlich sind, wenn alles, was die Parteien selbst nicht schon im Voraus reguliret haben, dem schwankenden Ermessen der Gerichte preis gegeben wird. Wenn aber dieser berühmte Schriftsteller hinzufügt: „Vielmehr ist es für die natür-„liche Freiheit nur gar zu wesentlich, daß darin „jedem Menschen, jeder Familie, jeder Gesell-„schaft ungebundene Hände gelassen werden, ih-„re Einrichtung nur nach ihrem Gutdünken und „nach Befinden ihrer Umstände zu machen:„ So ist hiebei noch zu erinnern, daß durch die alleinige Bestimmung der Rechte und Verbind-

lichkeiten in Ansehung der Privatgeschäfte des Unterthanen, nicht sofort seine natürliche Freiheit eingeschränkt, noch ihm die Befugniß genommen werde, selbst in vorkommenden Fällen ein anders zu verabreden und zu beschliessen, sondern daß durch dergleichen bürgerliche Anordnungen nur angedeutet werde, was man in Dingen, die man selbst unbestimmt gelassen, im Wege Rechtens werde zu erwarten haben. Nur denn erst wird ihre natürliche Freiheit eingeschränkt, wenn neben der gesetzlichen Bestimmung zugleich den Privatdispositionen, welche etwa davon abweichen sollten, die rechtliche Wirksamkeit versagt wird. Selbst das römische Recht, ob es gleich in einzelnen Fällen mehrere Einschränkungen dieser Art enthält, als wir nach unserer heutigen Verfassung annehmen dürfen, setzet doch überhaupt die Regel feste: Pacta dare legem contractui, — obligationum causas pactione immutari posse — contractum ex conventione legem accipere, 352) und wir dürfen den Leser nur an die sogenannten naturalia oder die adminicula contractuum 353) erinnern, um den vielfältigen Gebrauch von diesen Regeln zu zeigen. In emtionibus, sagt der römische Jurist, scimus quid praestare venditor debeat, quidque contrario emtor. *Quodsi in contrahendo aliquid exceptum fuerit, id servari debebit.* L. 43. D. de pactis. Bei alle dem aber ist nicht zu leugnen, daß die Gesetze hin und wieder die erwehnte

wöhnte Befugniß der Contrahenten sehr einge- schränkt, und den Verträgen, welche von der gesetzlichen Bestimmung abweichen, den vollgültigen Effekt im Wege Rechtens nicht gestattet wissen wollen. Es giebt Fälle, wo dergleichen Vereinbarung wirklich verboten worden. z. B. Der Kommissorische Vertrag in Ansehung eines Pfandes, u. d. m. Davon ist nun im vorigen Abschnitt bereits gehandelt. Aber es giebt auch Fälle, wo die Gesetze den Handel zwar nicht verbieten, doch aber den Parteien die Rechtshülfe versagen, wenn sie der Norm des Civilrechts in ihren Privatangelegenheiten nicht nachgegangen sind. Diese Fälle sind es, welche wir jezt etwas näher zu betrachten haben.

349) Familien Staatsrecht der teutschen Reichsstände. Th. 2. §. 125. n. 6.

350) Versuch über die Rechtsgelahrheit. S. 19.

351) Beiträge zum teutschen Staats- und Fürsten-Rechte. Th. 2. S. 10. n. 13.

352) L. 23 und 27. D. de Regul. iur. L. 7. D. de pact. L. 1. D. depositi.

353) L. 72. D. de contrah. emt. vend.

## §. 81.

### Ueber die natürlichen Verbindlichkeiten, welche mit den bürgerlichen Bestimmungen der Privatgeschäfte nicht harmoniren, und darum den völligen gerichtlichen Effekt nicht haben.

Nach

Nach dem römischen Rechte gehören hieher

A. Die simplen Verträge (pacta nuda überhaupt. 354)

B. Die Nebenverträge, welche nicht sofort bei Eingehung eines contract. bon. fid. geschlossen worden; und ferner diejenigen Nebenverträge, deren Inhalt mit der Natur des Hauptgeschäftes, so wie solche in bürgerlichen Gesetzen reguliret ist, nicht übereinstimmet. 355) z. B.

1) Die Verabredung, daß der Ehemann wegen der auf den Brautschatz verwandten nothwendigen Kosten keine Vergütung fordern 356) 2) daß er sich des beneficii competentiae gegen die Ehefrau und deren Erben, wenn von ihnen der dos zurückgefordert würde, nicht bedienen solle; 357) 3) Daß der Pfandgläubiger die verpfändete Sache bei entstehender Zahlung gar nicht veräusern dürfe, 358) 4) Das Versprechen der Zinsen beim Darlehn. 359) 5) Der Vertrag, daß Ein Gesellschafter allen Erwerb gewinnen, und ein anderer allen Verlust allein tragen solle; 360) imgleichen 6) daß die Societät oder Gemeinheit nur mit Einwilligung aller Interessenten aufgehoben werden könne. 361) 7) Die Verabredung, daß ein sogenanntes precarium vor Ablauf einer gewissen Zeit nicht wiedergefordert werden dürfte. 8) Die Konventionalstrafe bei Verlobungen. 362)

354) L. 7. §. 5. L. 45. D. L. 10. C. de pactis L. 15. D. de praescr. verb. L. 27. C. Loc. cond. PAULLUS. Lib. 2. Sent. Lit. 14. Die übrigen gerichtlichen Effekten, welche das pactum nudum dahin hervorbringt, daß die natürliche Verbindlichkeit per modum exceptionis urgirt werden könne, daß das Zurückhaltungsrecht, die Kompensation und Abrechnung deshalb statt finde, erhellen aus L. 7. §. 4. u. 7. L. 41. D. L. 27. §. 6. L. 5. 6. de pact. §. 3. u. 9. I. de except. L. 13. u. 19. pr. D. de cond. ind. L. 6. C. de compensat. Ueber die eigentliche Bewandniß der römischen Theorie von Verträgen und Kontrakten ist viel geschrieben. Vorzüglich haben sich um diese Lehre verdient gemacht: GERARD NOODT liber singularis *ad Edictum Praetoris de pactis et transactionibus* Opp. omn. T. 1. p. 421. C. F. G. MEISTER de infactum actionibus c. 1. §. 3. seqq. Opusc. sylloge 1. pag. 312. *de* SELCHOW iur. rom. anteiust. §. 749. *Ioh. Gottl.* LANGSDORFF. Tractat de pactis et contractibus romanor. Manhem. 1777. *Ioh. Gottl.* MUELLER Disputatio ad historiam iuris romani de contractibus antiquissimam, welche dessen vindiciis contractus aestimatorii Lips. 1778. praemittirt ist.

355) Um diesen Gegenstand auf gewisse allgemeine Grundsätze zurückzuführen, wird gemeiniglich die Regel aufgestellet: **Alle Verträge, welche den wesentlichen Bestandtheilen eines Geschäftes zuwider laufen, sind als Nebenverträge ungültig, sie bestehen aber, in soferne sie an sich einen andern rechtmässigen Hauptkontrakt ausmachen.** So zum Beispiele ist das Versprechen der Zinsen beim Darlehn nach römischen Rechten nicht klagbar, weil es der Natur dieses Kontrakts zuwider gehalten wurde; wenn hingegen das commodatum

datum unter Bedingung eines Lohnes geschlossen wird: So besteht der Vertrag an sich, und wird nun als Pacht- oder Miethkontrakt behandelt, obgleich die Parteien ihrer Verabredung den Namen des commodati beigelegt haben. *Ioh. Bernh.* FRIESE (Respond. auct. BERGMANN) *de pacto adiecto* Ienae 1694. th. 12. 13. LANGSDORFF *de pactis et contractibus* §. 178. Wäre inzwischen diese Regel in dem römischen Rechtssystem so unstreitig gegründet, als die Ausleger es sich zum Theil überredet haben: So hätte die Frage: ob der Vertrag, daß ein precarium vor Ablauf einer gewissen Zeit nicht wiedergefordert werden solle, gültig sei? nicht füglich unter den ältern Juristen zweifelhaft, noch weniger verneinend entschieden werden können. Denn, wer siehet nicht, daß diese Modifikation, ob sie gleich der Natur des precarii zuwider ist, dennoch den Handel in ein commodatum umschaffe? Und gleichwol sagt **Celsus** L. 12. D. de precar. Quum precario aliquid datur, si convenit ut in Calendas Iulias possideat numquid exceptione ad iuuandus est, ne ante ei possessio auferatur? sed nulla vis est huius conuentionis, ut rem alienam inuito domino possidere liceat. Die Anmerkung des *Ioh.* VOET *Comment.* ad Pandect. Lib. 2. Tit. 14. §. 5. scheint daher ziemlich gegründet zu sein: Si pactum adiicitur ita ut ipsam contractuum subuertat substantiam, generali non potest definitione tradi, quid iuris sit, quandoque enim totum vitiatur negotium, quandoque, valente principali negotio, irritum est, et inutile pactum adiectum impune negligendum, quandoque ipsum principale negotium immutatu, sic ut et vi pacti contra substantiam adiecti transeat in aliam negotii speciem. Es wäre daher sehr zu wünschen, daß die Ausleger, wie überhaupt bei der Lehre von der eingeschränkten ge-

richt-

richtlichen Wirkung natürlicher Verbindlichkeiten; so auch hier besonders dasjenige beständig vor Augen behalten hätten, was *Gerh.* NOODT *de pactis et transact.* c. 19. p. 468. gerade bei eben dieser Gelegenheit hinzufügt: Non oportere nos, qui leges non ferimus sed interpretamur, ubique a simili ad simile procedere, sed quid in quoque negotio receptum, animaduertere.

356) L. 5. §. 2. D. de pact. dotalibus. Et si conuenerit, ne ob impensas necessarias ageretur, pactum non est seruandum, quia tales impensae dotem ipso iure minuunt.

357) L. 14. §. 1. D. *Soluto matrim.* Eleganter quaerit Pomponius, si paciscatur maritus, ne in id quod facere possit condemnetur, sed in solidum, an hoc pactum seruandum sit? Et negat seruari oportere. Quod quidem et mihi videtur verum.

358) L. 4. u. 5. D. de pign. act. Ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor si distraxerit furti obligatur, nisi ei ter fuerit denunciatum, ut soluat et cessauerit. Id que iuris est, sive omnino fuerint pacti ne veneat, sive in summa, aut conditione aut loco contra pactionem factum sit.

359) L. 1. 3. 4. 7. C. de usuris L. II. §. 1. D. de reb. cred. I. H. BOEHMER de usuris pecuniae mutualiciae in Exercit. ad Pand. Tom. IV.

360) L. 29. §. 2. D. pro Socio. Societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret. *Imm.* WEBER Dissertat. de Societate leonum Giessae 1713.

361) L. 14. u. 70. D. pro Socio. Daß intempestive Aufkündigung, welche schon natürlich unge-

recht

recht ist, niemanden frei stehen könne, versteht sich von selbst.

362) L. 139. D. de V. O. in den Worten: Agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonia obstringi. L. 71. §. 1. D. de condit. et demonstr. L. 5. C. de sponsal. L. 2. c. de inut. stipul. *Math. Nicol.* BRAUN de poena convent. maxime in matrimonio Ienae 1707. HELLFELD de effectu poenae conuent. Sponsal. adiectae in Opusc. N. 17.

## §. 82.

## Fortsetzung.

Folgende Bemerkungen über die eigentliche Bewandniß dieser Gesetze, werden uns vorzüglich den Weg bahnen, den heutigen Gebrauch davon desto richtiger angeben zu können. So wie im römischen Rechte ein für allemal der Grundsatz feste stehet, daß die simpeln Verträge, pacta nuda, keine Klage hervorbringen: So ist es auch von den Nebenverträgen ausgemacht, daß sie nur als Accessorien des Hauptvertrages, einen rechtlichen Bestand behaupten. Sie können daher die Hauptverbindlichkeit zwar in mancher Hinsicht näher bestimmen; aber sie müssen die Natur und den wesentlichen Zweck derselben unverändert lassen, oder sie hören auf, wirksam zu seyn; weil sie an sich keinen eigenen Bestand behaupten. 363) Hieraus ergiebt sich 1) der Grund, warum die Nebenverträge den contractibus bonae fidei sogleich angehängt werden

werden musten. Denn nur so lange das Hauptgeschäfte noch nicht völlig abgeschlossen war, konnten die Nebenverträge als Theile desselben angesehen werden; so lange war es ein Handel, und mithin lies sich die Hauptklage mit auf das Nebenversprechen extendiren. Was aber nach abgeschlossenen Hauptkontrakte allererst verabredet wurde, konnte nicht als Theil desselben mehr angesehen, folglich auch die Hauptklage darauf nicht erstreckt werden —. 2) Warum die Nebenverträge bei den Geschäften stricti iuris gar nicht klagbar waren, sie mochten sogleich, oder in der Folge allererst hinzugefügt sein; denn die Hauptklage, deren wesentliches Fundament hier in der feierlichen Formel bestand, war auf die simplen Nebenverträge gar nicht anwendlich; 364) 3) Warum bei allen rechtlichen Geschäften die Nebenverträge keine Klage begründeten, welche mit dem **Wesen** der Hauptverbindlichkeit, so wie solches in den Gesetzen zum Grunde lag, kontrastirten; obgleich die Gesetze in einigen Fällen gestatteten, daß Nebenverträge, welche im Grunde einen andern Hauptkontrakt in sich fasten, nach der Natur des leztern behandelt werden sollten. (§. 83. not. 366.)

363) *Gerh.* NOODT de pactis et transactionibus Cap. XI. XII. *Ioa. Volckm.* BECHMANN de pactis adiectis Ienae 1659. *Ioa.* POMERESCH *de pactis adiectis* Gryph. 1656. *Ioh. Fernand. de* RETES de pactis adiectis; in MEERMUNNI Thesaur. iur. Tom. VI.

364) *Cornel. van* BYNCKERSHOECK Lib. Singul. ad L. 40. D. de rebus creditis, und Dissert. *de pactis iuris stricti contractibus in continenti adiectis* in Opusc. cum praefat. *Conradi* Tom. I.

## §. 83.

## Ueber den heutigen Gebrauch dieser römischen Gesetze.

Daß die simplen Verträge (pacta nuda) heutiges Tages eine Verbindlichkeit hervorbringen, welche auch in bürgerlichen Gerichten völlig klagbar ist 365) — daß es bei den Nebenverträgen darauf, ob das Hauptgeschäfte bonae fidei oder stricti iuris sei, imgleichen ob sie sogleich oder in der Folge hinzugefügt worden; in Rücksicht auf gerichtliche Wirksamkeit an sich gar nicht ankomme 366) — daß die römischen Grundsätze von den ungenannten Kontrakten bei uns keine Anwendung finden 367) — alles dieses ist ohnehin bekannt genug. Ob aber auch die übrigen Vorschriften dieses Rechts, in Ansehung der Nebenverträge, welche mit der Natur des Hauptgeschäftes nicht übereinstimmen, gleichsalls in unsern Gerichten ihre Anwendung verlieren? ist eine Frage, welche man nicht durchgängig genau erörtert hat, die wir daher etwas näher erwägen wollen.

365) Eigentlich giebt es über den heutigen Gebrauch des römischen Rechts in dieser Hinsicht vier verschiedene Meinungen. 1) Einige behaupten, der Unterschied inter pactum nudum et contractum

sei schon nach neuern römischen Rechten selbst ganz aufgehoben. L. 10. C. de contrah. stipul. LEYSER Spec. 39. m. 5. Ueber den Ungrund dieser Behauptung siehe Hoepfner Theoret. Pract. Commentar. §. 747. 2) Andere, z. B. *Henr.* BODINUS in Vindicis pactorum iuris romani ad demonstrandum, nec hodie ex nudo pacto actionem competere Hal. 1696. halten dafür, daß auch noch heutiges Tages aus dem sogenannten pacto nudo darum keine Klage zuläßsig sei, weil es selbst nach römischen Begriffen in einer solchen Einwilligung bestünde, die man, ohne Absicht, sich wirklich zu verbinden, deklarirt hätte. Wäre dies aber der Sinn der Römer gewesen: So hätten sie unmöglich aus dergleichen nudis adsertionibus eine Einrede, auch Kompensation u. s. w. gestatten können 3) Wiederum andere vertheidigen den heutigen Gebrauch des R. R. in dieser Lehre, weil es einmal recipirt worden. SELCHOW Elem. iur. Germ. §. 580) 4) Die mehresten verwerfen aber solche Anwendung in unsern Gerichten gänzlich, und ihnen tritt einenteils die Praxis bei, welche in unsern Gerichten aus Verträgen aller Art Klagen zuläßt. MEVIUS P. V. Decis. 408. CARPZOV P. 2. Const. 19. Def. 17. STRYCK V. m. Lib. 2. Tit. 14. §. 1. LEYSER Spec. 39. med. 4. und anderntheils hängt dieser Unterschied von einer blos römischen Verfassung so wesentlich ab, daß in teutschen Gerichten kein Gebrauch davon zu machen. Herr Prof. Schott Jurist. Encyklopaedie §. 109. Ausführlicher habe ich hievon gehandelt in meinen **Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des römischen Rechts.**

366) *Michael* GRASSUS *Collat. iur. civil. rom. cum recess. imper German. etc.* p. 1009. stellet zwischen

 den

den Nebenverträgen, die sogleich dem Hauptgeschäfte angehängt, und denen, die in der Folge erst verabredet worden, auch nach heutigen Rechten noch verschiedene Differenzen auf, die aber die gerichtliche Wirksamkeit an sich gar nicht treffen.

367) LAUTERBACH *Colleg.* theoret. pract. lib. 19. Tit. 4. §. 6. BOEHMER de action. Sect. 2. Cap. 5. §. 22. SCHMIDT von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 1366. LANGSDORFF *de pactis et contractibus* §. 188. u. 89. Es wäre denn, daß besonders Landesrechte den Gebrauch der römischen Grundsätze bestätigten. Würtenb. Landr. p. 2. Tit. 20. §. 1. u. Tit. 21. pr.

## §. 84.

## Fortsetzung.

Beruhet die Ursache der gerichtlichen Unwirksamkeit solcher Verträge blos darauf, weil die Klage, welche der Hauptkontract hervorbringt, auf den Nebenvertrag nicht anwendlich, und der leztern an sich als pactum nudum nicht klagbar ist: So können wir sicher schliessen, daß heutiges Tages das Gegentheil eintreten müsse; indem bei uns ein solcher Vertrag an und für sich schon bestehet, und in bürgerlichen Gerichten klagbar ist. Es können daher nicht allein die versprochenen Zinsen beim Darlehn, vermittelst einer Klage, urgirt werden; sondern es ist auch die sogenannte Societas leonina heutiges Tages, wenn nicht als eigentlicher Gesellschaftskontrakt, doch als Pactum allerdings im Wege Rechtens für gül-

tig

tig zu achten, 368) gleich wie aus eben dem Grunde die Verabredung, daß das Precarium vor Ablauf einer gewissen Zeit nicht wiedergefordert werden solle; in unsern Gerichten ihre völlige Kraft behauptet. So war auch die Verwillkührung des Ehemannes, daß er die auf den Brautschatz verwandte nothwendige Kosten nicht wiederfordern, noch in Anrechnung bringen wolle, blos darum unwirksam, weil sie mit der Natur des Heirathsguths und dieser Kosten nicht harmonirte; mithin nach den Grundsätzen behandelt werden muste, welche bei simplen Verträgen dieser Art überhaupt eintreten. Bei uns behauptet aber ein jeder Vertrag seine eigentümliche verbindende Kraft, und folglich ist nicht abzusehen, warum das gedachte Versprechen nicht heutiges Tages in Gerichten seinen Bestand behaupten sollte. 369) Ein Gleiches gilt auch von der Konventionalstrafe bei Verlobungen, obgleich von verschiedenen Gelehrten behauptet wird, daß auch heutiges Tages deshalb keine Klage statt finde. 370) Sie berufen sich, um den Gebrauch des R. R. in diesem Stücke zu rechtfertigen, vorzüglich darauf, daß in den päbstlichen Dekretalbriefen eben dasselbe verordnet worden. 371) Allein die Meinung derer, welche das Gegenteil behaupten, 372) verdient unstreitig den Vorzug; nur nicht aus dem Grunde, welchen man gewöhnlich anführt, weil nachherige Verordnungen des Kaisers Leo den Anhang einer solchen Strafe bei Verlobun-

 gen

gen für gültig erklären, 373) und der Gerichtsgebrauch dieses recipiret haben soll; sondern eigentlich darum, weil das römische Recht an sich schon in diesem Puncte bei uns keine Anwendung finden kann, welches folgende Bemerkung eines berühmten Rechtsgelehrten ausser Zweifel setzet: Legum romanorum dispositio, quod inhonestum sit, vinculo poenae matrimonia obstringi, ad nostra applicari nequit fora, quia in germania cessat eius ratio, quae in nimia licentia matrimonia et sponsalia dissolvendi, est quaerenda. Inhonestum romanis videbatur, quod moribus maiorum publice adprobatis repugnabat. Inde quoque divortiorum repudiorumque licentiae, ab antiquis receptae temporibus ita fauebant, ut poenas conventas huic licentiae contrarias proinde iudicarent inhonestas. 374) Dergleichen können wir nach unsern Grundsätzen von den ehelichen Zusagen und deren verbindenden Kraft, in keinem Betracht annehmen, folglich ist auch nicht nöthig, zur Rechtfertigung des Nichtgebrauchs jener römischen Gesetze die besondere Reception der Novellen des Kaisers Leo, und einen derogirenden Gerichtsgebrauch herbei zu rufen. Die Stelle aus den Dekretalbriefen der Päbste entscheidet hier ohnehin nichts; weil sie blos von Sponsalien unmündiger Personen verordnet, daß die Freiheit, in der Folge davon abzugehen, durch keine Conventionalstrafe weder der Verlobten selbst noch ihrer Eltern

tern eingeschränkt werden solle; indem jene, als Kinder, sich gar nicht verbindlich machen können, diesen aber das Recht fehlet, ihre Kinder zur Heurath zu zwingen; und solchergestalt die Gültigkeit der Konventionalstrafe leicht üble Folgen veranlassen könnte.

368) *Otto Lud. ab* EICHMANN *de pactis iure romano illicitis, iure naturali validis* Halae 1750. §. 18.

369) *Ioh.* VOET *Comment. ad pandect.* Lib, 23. Tit. 4. §. 19. seqq.

370) BEUST de iure connub. P. 1. C. 4. BRAUN cit. Diss. §. 15.

371) Cap. 29. X. de sponsal.

372) BECK de novell. Leon. C. 2. §. 31. BERGER Oecon. iur. Lib. 1. Tit. 3. §. 6. n. 4. u. a. m.

373) Nov. Leon. 18. u. 74.

374) HELLFELDT de poena convention. §. 31

## §. 85.

## Der heutige Gebrauch fällt nicht durchgängig hinweg.

In soferne aber die gerichtliche Unwirksamkeit erwähnter Nebenverträge nicht blos die Folge der römischen Rechtstheorie von Kontrakten und Verträgen ist, sondern ausserdem noch auf andere Gründe beruhet, welche bei uns nicht so gänzlich cessiren, in soferne können wir auch den Verordnungen des allgemein recipirten römischen Rechts die heutige Anwendung nicht versagen. Wenn daher 1) die Entsagung des beneficii

compet. von Seiten des Ehemannes nach römischen Rechten ohne rechtliche Wirkung ist: So liegt der Grund offenbar darin, weil eben die unschickliche Härte des Klägers, wogegen das beneficium überhaupt erteilt ist, auch denn eintritt, wenn er von einer Entsagung desselben Gebrauch machen will, wozu sich der Ehemann wol nicht entschlossen haben würde, wenn er nicht durch den Gedanken, daß er nicht leicht in solche Umstände gerathen würde, um sich des beneficii bedienen zu müssen, dazu veranlasset wäre. Dieser Grund ist allgemein und fortdaurend, so daß an der heutigen Anwendung der gedachten Vorschrift nicht füglich zu zweifeln sein dürfte. 2) Die Verordnung des römischen Rechts, betreffend den Vertrag, daß der Pfandgläubiger die verpfändete Sache bei entstehender Zahlung gar nicht veräusern dürfe, behauptet ebenfalls bei uns ihre völlige Gültigkeit, weil sie nur dazu dient, lästige Folgen zu verhüten, welche das Unbestimmte und Schwankende dieses Vertrages mit sich führet. Bezalt muß der Gläubiger werden; eine Entsagung der Forderung selbst liegt in jenem Versprechen nicht; folglich wird am Ende doch aus dem Pfande die Befriedigung geschehen müssen, wenn der Schuldener sie sonst nicht beschaffen kann. Da indessen das allgemeine Versprechen, die Pfandstücke nicht veräusern zu wollen, zu allerhand rechtsflüchtigen Chikanen Gelegenheit geben kann: So ist es sehr heilsam, wenn die Gesetze bestim-

bestimmen, wie weit sich eigentlich die Wirkung dieses Versprechens erstrecken solle, wenn die Parteien blos bei jenen allgemeinen Ausdrücken stehen geblieben. Nur auf das unbestimmte Versprechen ne pignus vendatur erstreckt sich indessen die gesetzliche Verordnung; So bald daher die hier eintretenden Umstände genau und deutlich bestimmt sind, z. B. daß der Gläubiger blos berechtigt sein soll, das Pfandstück zu haben, und zu geniessen, bis der Schuldener es einlösen würde, daß es dagegen lediglich von der Willkühr des Schuldeners abhangen solle, ob und wann er die Schuld selbst abtragen und das Pfand einlösen wolle; So ist eine solche Verabredung allerdings zu rechtbeständig. 375) 3) Die römischen Gesetze, welche die Trennung der Gesellschaften und Gemeinheiten dergestalt begünstigen, daß nicht nur jeder Interessent eigenwillig die Societät und Gemeinheit aufkündigen könne, sondern daß auch selbst das gegenseitige Versprechen, beständig in der Societät oder Gemeinschaft zu bleiben, von keiner Wirkung seyn solle, diese Verordnungen sind sehr gerecht. Der Mensch verspricht sich gerne von der Zukunft mehr, als sie ihm gewähret; und wird er in seinen Hofnungen betrogen: So darf man wol nicht erwarten, daß er sich selbst als die Ursache davon anklagen werde; sondern sein Gesellschafter ist gemeiniglich der Gegenstand seiner Unzufriedenheit. Daher die richtige Bemerkung: communio est mater

 rixa-

rixarum; und da es billig ist, einem solchen unaufhörlichen Anlas zu Zänkereien möglichst vorzubeugen, so erscheint die römische Legislation in diesem Stücke durch solche Gründe unterstüzt, welche den heutigen Gebrauch von selbst rechtfertigen.

375) FABER *Error. Pragmat. Dec.* 9. Error. 7. **Westphahl** vom Pfandrechte. §. 204

## §. 86.

### Zweite Klasse, enthaltend diejenigen Fälle, wo das persönliche Verhältnis der Parteien in Rücksicht auf den bürgerlichen Zustand eine gerichtliche Unwirksamkeit natürlicher Verbindlichkeiten veranlasset.

Das römische Recht enthält in dieser Hinsicht wiederum mancherlei Einschränkungen, von denen einige zwar in unsern Gerichten gänzlich cessiren, andere hingegen annoch ihre Anwendung finden. Die einzelnen Gegenstände sind folgende: 1) **Die Verbindlichkeit der Knechte**, von denen im allgemeinen die Regel galt: in seruilem personam nulla cadit obligatio. 376) in soferne nämlich von bürgerlich vollgültigen Verbindlichkeiten die Rede war, oder wie Ulpian es erläutert: Servus iuris civilis communionem non habet in totum, ne praetoris quidem edicti; — unde ex con-

contractibus serui *ciuiliter* quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur, et obligant. 377) Diese natürliche Verbindlichkeit war, so lange die Knechtschaft fortdauerte, durchaus ohne allen Effekt, 378) die Fälle abgerechnet, wo entweder der Handel das Peculium bezielte, oder die Noxalklage gegen den Herrn eintrat. Nach erfolgter Manumission konnte der Freigelassene wegen Verbrechen, die er als Knecht gegen andere, nicht gegen seinen Herrn, begangen hatte, sogar belangt werden. 379) Aus Verträgen hingegen, die er während der Knechtschaft geschlossen hatte, fand auch nach geschehener Manumission keine Klage statt, 380) obgleich nunmehro das Konstitutum, die Novation, Verpfändung und Bürgschaft mit völligen Effekt eintreten könnten, und die aus Irrtum geschehene Zahlung wegen der natürlichen Verbindlichkeit nicht zurückgefordert werden dürfte, 381) ohne Unterschied, ob der Knecht mit seinem Herrn, oder mit einem andern kontrahirt hatte. 382) Von allen diesen Vorschriften des römischen Rechts ist freilich bei uns kein weiterer Gebrauch zu machen, weil unsere Leibeigene nicht so, wie die römischen Sklaven, aller Rechte und Verbindlichkeiten im bürgerlichen Verstande unfähig sind; folglich die Verträge und sonstige Rechtsgeschäfte derselben in der Regel den völligen gerichtlichen Effekt behaupten. 383) Was man gewöhnlich hinzufügt, daß die Rechte des Herrn durch keine

Dispo-

Disposition des Leibeigenen geschmälert werden dürfen, gehöret gar nicht hieher, weil in solchem Fall das Unternehmen schon nach dem Naturrecht ungültig ist.

376) L. 22. 32. 209. de Reg. iur.

377) L. 20. §. 1. qui test. fac. L. 14. D. de O. et A.

378) L. 14. L. 43. de O. et A. L. 19. 20. de fideiuss.

379) L. 4. C. an Servus pro suo facto. VINNIUS ad §. 5. I. de noxal. act.

380) L. 1. 2. 5. an Servus pro suo facto. DONELL ad L. 3. C. eod.

381) SCHULTING de obl. natur. Cap. 8.

382) §. 1. I. L. 56. §. 2. L. 70. §. 3. D. de fideiuss. L. 64. de cond. ind. SCHULTING c. l.

383) STRYCK caut. contr. S. 1. c. 2. §. 27. MEVIUS vom Zustand u. Abf. der Bauren. 1. 35.

## § 87.

### Fortsetzung.

2) **Die natürliche Verbindlichkeit solcher Personen, die der väterlichen Gewalt noch unterworfen sind;** — Obgleich die ältere Verfassung der römischen väterlichen Gewalt durch neuere Verordnungen sehr eingeschränkt werden, so blieb man doch bei dem Grundsatze, daß wegen Einheit der Person zwischen dem Vater und den Kindern, die noch unter

unter seiner Gewalt stehen, keine bürgerliche vollgültige Verbindlichkeit statt finden könne. Es ist daher eine blosse natürliche Verbindlichkeit im strengen Verstande; welche nach römischen Rechten a) zwischen dem Vater und seinen Kindern b) unter den leztern selbst eintreten kann, und es gilt davon, in Rücksicht auf den gerichtlichen Effekt, eben dasselbe, was wir so eben von den Knechten angeführt haben. 384) Andern Personen hingegen kann der Filius Familias nach römischen Rechten sich dergestalt gültig verbinden, daß schon während der väterlichen Gewalt gegen ihn selbst, wenn er nemlich ein Pekulium besitzet, bisweilen auch gegen den Vater eine Klage statt findet. 385) Nur einen Fall ausgenommen, wovon in folgenden § mit mehreren.

384) SCHULTING c. l. c. 9. Hieher gehöret vorzüglich die bekannte Stelle aus den Schriften des Afrikanus L. 38. D. de cond. ind., welche so viele Ausleger von Zeit zu Zeit beschäftiget hat. Statt einer Menge, die ich anführen könnte, mag es genügen, den besten zu nennen: *Iac.* CUIACIUS *ad African.* Tract. IX. in Oper. omn. Tom. I. p. m. 1552.

385) L. 39. D. de O. et A. L. ult. §. 2. D. de V. O. L. 18. D. de castrensi pecul. L. 6. et ult. C. de bon. qu. lib. §. 4. I. L. 2. D. quod cum eo qui in al. pot.

§. 88.

## §. 88.

### Fortsetzung.

3) Insbesondere die aus einer Geldanleihe herrührende natürliche Verbindlichkeit solcher Personen, welche noch unter der väterlichen Gewalt stehen; Denn bekanntlich findet wegen dieser Verbindlichkeit weder während der väterlichen Gewalt, noch nach deren Aufhebung, weder gegen den Vater noch gegen den Sohn, eine Klage statt. Einige glauben zwar in dem Sen. Conſ. Mac. ein verbietendes Geſetz anzutreffen. 386) Allein dies iſt ungegründet. Die Geſetze wollen nur, ne qui, filio familias mutuam pecuniam dediſſet, actio politioque daretur. 387) Wenn daher gleich an einer andern Stelle 388) geſagt wird: Senatus conſultum *prohibuit* mutuas pecunias dare eis, qui in poteſtate parentis ſunt; So zeigt doch einenteils der gleich darauf folgende Zuſatz: et ei qui credidit, denegatur actio, wohin der Sinn eigentlich gehe, und anderenteils kann eine bloſſe propoſitio enunciatiua, wie jene Stelle doch iſt, uns keine Unrichtigkeit aufdringen, 389) indem vielmehr die Geſetze ſelbſt hin und wieder die aus einer ſolchen Anleihe vorhandene natürliche Verbindlichkeit anerkannt, und dem Gläubiger nachgelaſſen haben, ſolche nur nicht durch gerichtliche Klagen, wol aber durch das Zurückbehaltungsrecht, durch Kompenſation und überhaupt

haupt vertheidigungsweise gericht- und aussergerichtlich geltend zu machen. 390) So viel aber in dieser Hinsicht besonders die unstatthafte Zurückforderung des Gezalten, ingleichen die Einrede der Kompensation anbetrift: So verweise ich deshalb auf die im 2ten Kap. des folgenden Abschnitts vorgetragene Grundsätze, welche auch auf den gegenwärtigen Gegenstand ihre Anwendung finden. Frägt man nach den heutigen Gebrauch obiger Vorschriften des römischen Rechts: So ist solcher zwar in Hinsicht des Macedonianischen Rathschlusses keinen Zweifel unterworfen, wegen der übrigen Fälle aber, davon im vorigen § Erwähnung geschehen, sind die Meinungen der Rechtsgelehrten sehr geteilet. Da indessen der Grundsatz, worauf dort alles beruhet, daß nemlich Kinder, die der Vater noch in seiner Gewalt hat, in allen Fällen innerhalb der Familie nicht als Personen angesehen wurden, 391) folglich keine bürgerlich vollgültigen Rechte und Verbindlichkeiten fähig waren, heutiges Tages gänzlich cessiret: 392) So kann ich auch denen nicht beipflichten, welche dennoch behaupten, daß auch noch bei uns der Vater mit seinen Kindern, die noch unter seiner Gewalt stehen, keine gültige Verträge schliessen könne. 393) Denn obgleich das römische Recht als ein subsidiarisches Gesetzbuch in der Regel eine gültige Richtschnur abgiebt, um vorkommende Fälle darnach zu bestimmen: So kann es doch in solchen Vorschriften, deren

ren wesentlicher Grund bei uns gänzlich wegfällt, nicht füglich zur Anwendung kommen, weshalb denn auch nicht wenige Rechtslehrer das Gegentheil zu behaupten, und die vollgültige Rechtskraft solcher Verträge in unsern Gerichten zu vertheidigen, kein Bedenken finden. 394) Ein gleiches gilt auch aus eben der angeführten Ursache von den Verträgen, welche dergleichen Kinder nicht mit dem Vater, sondern unter sich eingehen; in soferne nemlich, wie von selbst voraus gesetzt wird, den väterlichen Rechten dadurch kein Eintrag geschiehet.

386) CLAPROTH iuris prud. heurem. §. 172.

387) L. 1. D. de Senat. conſ. Maced.

388) §. 7. I. Quod cum eo, qui in al. pot.

389( WALCH Contrav. iur. Sect. 1. Cap. 2. membr. 2. §. 16.

390) L. 10. D. ad S. c. Mac.

391) GAIUS Lib. 1. Inſtit. Tit. 6. §. 3.

392) A. F. RIUINUS de figmento fictionis unitatis inter patrem et filium.

393) WERNHER S. 5. Obſ. 189. LEYSER Spec. 21. Med. 5. HEIMBURG Diſſ. Difficillima emancipat capita §. 55. 56. 57. RENTZ Diſſert. Mixtura iur. rom. et germ. in mat. patr. poteſt. 1. 2. 26. HOEPFNER theoret. prakt. Comment. §. 736.

394) THOMASIUS Diſſ. de uſu pract. Tit. Inſt. de patr. poteſt. C. 2. §. 9. BERGER Oecon. iur. Lib. 1. Tit, 3. th. 16.

Gottl. Gerh. TITIUS de contract. patris et liberor

beror. in eius potest. exist. Lips. 1713. §. 59. Struben rechtl. Bedenken, Th. 2. Seite 254. HELLFELD iurispr. forens. §. 138. Westpfahl teutsches und reichsständisches Privatrecht, Th. 2. S. 95. Fischer Lehrbegrif der Kameral- und Polizeirechte, Th. 1. §. 163.

## §. 89.

## Fortsetzung.

Endlich gab auch das bürgerliche Verhältnis der Kontrahenten vorzüglich Gelegenheit, daß nach römischen Rechten 4) **die Verträge, welche in Ansehung eines Dritten geschlossen worden, der gerichtlichen Wirkung nach sehr eingeschränkt sind.** Die Römer hatten von den Rechten und Vorzügen eines freien Menschen eben so hohe Begriffe, als nichtswürdig und verworfen in ihren Augen die Knechte waren. Von den letztern wissen wir, daß sie nichts eigenes haben, noch für sich erwerben konnten, sondern daß durch sie alle Adquisition lediglich für ihren Herrn geschehe. Dies ward aber auch dergestalt als unzertrennliche Folge der Knechtschaft angesehen, daß es fast unmöglich schien, in irgend einem Betrachte unter freien Menschen ein gleiches anzunehmen; und so ward freilich aus übertriebener Subtilität, in dem römischen Rechtssystem der Grundsatz herrschend, daß Niemand durch einen freien Menschen Rechte erwerben, noch weniger durch ihn zu irgend etwas verbindlich wer-

den könne. 395) Man verband aber mit diesem Grundsatze noch einem andern, daß nemlich die Verträge und Stipulationen eigentlich unter den Menschen nur den Zweck haben, damit jeder dadurch sein eigenes Beste befördern möge. 396) Die Formalität der Stipulation, wobei man blos an Worte klebte, und auf deren Feierlichkeit die ganze Rechtswirkung beschränkte, kam noch besonders hinzu; ein Dritter, welcher zur feierlichen Handlung selbst nicht mit konkurirt hatte, konnte daraus weder klagen noch belangt werden. Diese Grundsätze sind es, welche zumal in den ältern römischen Rechte manche zum Teil ganz vernunftwidrige Folgen erzeugten, z. B. daß sogar derjenige, welcher zur Schliessung eines Vertrages in seinem Namen Auftrag erteilet hatte, dennoch weder Rechte noch Verbindlichkeiten daraus erlangte; 397) und ob man gleich in der Folge bei einzelnen Gegenständen von der übertriebenen Subtilität des ältern Rechts wieder abgewichen, und den Vorschriften der Vernunft näher getreten ist: 398) So haben sich doch im Ganzen jene ältern Grundsätze durch alle Epochen des R. R. als Regel erhalten. Denn wenn gleich in Bestimmung der Einen Frage: ob und in wie ferne Jemand aus Verträgen anderer **obligirt** werden könne? am Ende die Grundsätze des Vernunftrechts fast gänzlich vorgedrungen sind, wie die sogenannten actiones adiectitiae qualitatis mit mehrerm ergeben: So verhält sich die Sache

doch

doch ganz anders in Ansehung der Verträge, worin zum Besten eines Dritten etwas versprochen wird. Hat dieser zur Eingehung des Handels Auftrag erteilet, oder ist der Kontrakt von einer Person, die zum Betrieb seiner Angelegenheiten überhaupt bestellet war, geschlossen: So stehet ihm freilich nach neuern römischen Rechten eine nützliche Klage zu, ohne daß er sich der Weitläuftigkeiten der Cession unterziehen dürfte. 399) Allein der Fall, da jemand zum Besten eines Dritten etwas versprochen hat, ohne daß sein Mitkontrahent bevollmächtigt war, im Namen des Dritten zu kontrahiren, wird in den neuern römischen Rechte immer noch in Gemäsheit der ältern Grundsätze dahin bestimmt, daß es vor allen Dingen darauf ankomme, ob derjenige, dem das Versprechen wirklich geschehen, einen Nutzen von der Erfüllung habe oder nicht? Im leztern Falle bleibt die Sache gänzlich ohne rechtlichen Effekt. 400) Im erstern Falle aber, weil der Promissarius selbst auf die Erfüllung dringen, folglich seine Klage dem Dritten abtreten kann, ist, ohne diese Cession als nothwendig zu erfordern, dem Dritten die actio utilis gestattet. 401) Es liegt also, wie man deutlich siehet, auch in den neuern römischen Verordnungen immer noch die Idee des ältern Rechts zum Grunde, daß aus Verträgen, die zum Besten eines Dritten geschlossen worden, es sei Kraft vorhandenen Auftrages oder nicht, eigentlich nur derjenige, welcher selbst

 con-

contrahirt hat, ein Recht erhalte, und daß dieses Recht von ihm allererst auf den Dritten abgeleitet werden müsse; obgleich, um solches zu bewürken, die feierliche Cession nicht mehr erfordert wird, sondern der Dritte sofort mittelst der ihm gestatteten nützlichen Klage in die Stelle des eigentlichen Kontrahenten treten darf. Daß nun diese Grundsätze in unsern Gerichten ausser Anwendung sind, wird fast durchgängig behauptet, obgleich hin und wieder aus Gründen, die nichts weniger als befriedigend sind. Einige 402) wollen schon aus dem neuern römischen Rechte den Satz beweisen, daß überhaupt ein Dritter sodann aus Verträgen Anderer klagen könne, wenn er einen Vertrag vor sich hat, welchen Jemand zu seinem Besten mit dem Beklagten getroffen, und vor seiner, des Klägers Genehmigung nicht wieder aufgehoben hat; ohne darauf zu sehen, ob der eigentliche Kontrahent für sich einen Nutzen und Interesse aus dem Handel habe, oder nicht. Sie berufen sich zwar auf L. 5. §. 9. D. de constituta pecunia und L. 3. C. de Donat. quae sub modo. Allein das erstere Gesetz, welches dahin lautet: Si actori municipum, vel tutori, vel curatori furiosi, vel adolescentis ita constituatur, municipibus solui, vel pupillo, vel furioso; utilitatis gratia puto dandam municipibus, vel pupillo, vel furioso, vel adolescenti utilem actionem; handelt von Personen, die Kraft ihres Amts schon vollkom-

men verbunden sind, das Beste eines andern zu besorgen, die folglich wegen ihrer eigenen Obliegenheit ein Interesse bey dem Handel haben, und mithin erweiset diese Regel gar nichts. Das zweite Gesetz, worin man folgendes verordnet findet: Quoties donatio ita conficitur, ut post tempus id quod donatum est, alii restituatur, veteris iuris auctoritate rescriptum est, si is in quem liberalitatis compendium conferebatur, stipulatus non sit, placiti fide non impleta, ei qui liberalitatis auctor fuit vel heredibus eius condictitiae actionis persecutionem competere; sed quum postea benigna iuris interpretatione diui principes ei, qui stipulatus non sit, utilem actionem iuxta donatoris voluntatem competere admiserint, actio quae sorori tuae, si in rebus humanis ageret, competebat, tibi accommodabitur. Dieses Gesetz enthält wiederum einen Fall, wo der eigentliche Kontrahent besonders dabei interessiret ist, daß dem Dritten das Versprechen prästirt werde; weil er selbst zu diesem Zweck aus seinem Vermögen etwas weg gegeben, folglich, wenn der Modus nicht erfüllet wird, allerdings ein Recht hat, das Seinige zu repetiren. Aus diesem Grunde wird auch dem Dritten die Klage, welche eigentlich dem Schenker zustehen würde, utiliter gestattet: actio, quae sorori tuae, si in rebus humanis ageret competebat, tibi accommodabitur. Wir finden auch selbst in den

Institutionen des Kaisers Justinian 403) die Regel: Alteri stipulari nemo potest, sed si quis stipuletur alii quum eius interesset, placuit stipulationem valere. Andere setzen den Grund in einigen Vorschriften kanonischen Rechts, 404) die aber den Punkt keinesweges im allgemeinen und so bestimmt entscheiden, daß nicht noch wichtige Zweifel übrig bleiben sollten; noch andere nehmen blos zu dem Gerichtsgebrauche und der Praxis ihre Zuflucht, ohne sich um weitere Gründe zu bekümmern. 405) Bei dieser Verschiedenheit fehlt es denn auch nicht an Rechtsgelehrten, welche wirklich der Meinung geblieben sind, daß noch heutiges Tages den obigen Grundsätzen des römischen Rechts nachzugehen sei. 406) Unstreitig würde man aber eher zum Ziele kommen, wenn man die Unanwendlichkeit der römischen Gesetze gerade zu daraus ableitete, weil die Gründe dieser Gesetze bei uns gänzlich cessiren; vorzüglich aber, weil das Hauptprincipium, worauf die ganze römische Legislation in dieser Materie sich stützet, **daß man nemlich durch einen freien Menschen kein Recht erwerben könne**, in Teutschland nie angenommen worden, weshalb weder eine förmliche Cession, noch der Umweg der sogenannten nützlichen Klagen erfordert wird, um dem Dritten, zu dessen Besten der Vertrag geschlossen worden, ein Recht daraus beizulegen; sondern derselbe solches sofort erlangt, wenn er die zu seinem Besten geschehene Zusage acceptirt,

ehe

ehe die eigentlichen Kontrahenten davon zurückgetreten, ohne darauf zu sehen, ob selbst derjenige, dem für einen Dritten etwas versprochen worden, irgend ein anderes Interesse dabei habe, als das gemeine Interesse der Freundschaft und Menschenliebe. 407)

395) L. 78. §. 4. de reg. iur. L. II. de obl. et act. L. 126. §. 1. de verb. obl. L. 1. C. per quas person.

396) L. 38. §. 17. de V. O. §. 18. I. inutil. stipul.

397) BOEHMER de iure ex pacto tertii quaesito Cap. 1. §. 10. bis 15. incl.

398) Ebenderselbe a. a. O.

399) L. 1. §. 13. D. de tut. et rat. distr. L. 16. D. de pactis.

400) Si contrahentis nil interest, nec sibi ius agendi adquirit, nec tertio, quia huic utilis demum competit actio, si paciscens ipse ius, quod cedere possit, adquisivit. BOEHMER c. l. Cap. 1. §. 24. n. 2.

401) L. pen C. ad exhib. L. 3. 4. C. si cert. pet. L. 37. §. 3. D. de Legat. 3. L. 26. pr. D. Depos.

402) Struben rechtl. Bedenken, Th. 3. n. II. Schmidt von gerichtl. Klagen und Einreden. §. 703.

403) §. 19. 20. I. de inutil. stipul.

404) Alphos. de OLEA de cession. Tit. 4. Qu. 9. n. 34. Cap. 17. X. de praeb. in 6to verglichen mit Cap. 2. de usur. in 6to.

405) MEVIUS p. 4. Decis. 112. n. 4. 5.

406) HARPRECHT Cons. 30. n. 344.

407) WERNHER p. 1. Obſ. 182. LEYSER Spec. 519. Med. 4. STRYCK Vſu Modern. Lib. 2. tit. 14. §. 12. PUFENDORF Tom. 2. Obſerv. 38. §. 20. *Fratr.* BECKMANNORUM Conſ. et Deciſ. Tom. 1. Reſponſ. 5. p. 89. ſequ.

## §. 89.

### III. Einſchränkung des gerichtlichen Effekts natürlicher Verbindlichkeiten, aus billiger Nachſicht gegen den Schuldener.

Hieher gehören vorzüglich die Verordnungen des bürgerlichen Rechts, wonach einem Schuldener zur Befriedigung ſeines Gläubigers durch richterliche Hülfe nicht mehr genommen werden darf, als es der ſtandesmäſſige nothwendige Unterhalt deſſelben zuläſt, d. i. das ſogenannte beneficium competentiae. Die einzelnen Fälle, worin es ſtatt findet, ſind bereits in beſondern Abhandlungen vollſtändig aufgezählet. 408) Mir genügt es daher, dieſer Materie in dem Syſteme der Jurisprudenz den Platz anzuweiſen, wohin ſie eigentlich gehöret, wenn man ſie gründlich behandeln, und richtige allgemeine Grundſätze davon vortragen will. Daß in den hieher gehörenden Fällen durchgängig eine natürliche in Anſehung der gerichtlichen Würkung eingeſchränkte Verbindlichkeit obwalte, fällt in die Augen. Allein daß diejenigen, welche unſere Litteratur mit Lehrbüchern und Syſtemen der Rechtsgelahrheit

heit bereichert haben, dies gehörig beobachtet, und unsern Gegenstand so rangirt hätten, um den wahren Gesichtspunkt genau zu treffen, das fehlt sehr viel. Denn man pflegt statt dessen nur gelegentlich, wenn etwa eine Materie vorkommt, in welcher dem Schuldener obige Rechtswolthat beigelegt ist, einen Begrif im Ganzen davon anzugeben, und sodann einige andere Fälle, wo dergleichen ebenfalls statt findet, hinzuzufügen, die dann der Lehrer mündlich noch mit einer Anzahl ähnlicher Fälle verstärket, um durch beliebte Zusätze dem **Gedächtnisse** seiner Zuhörer noch mehr Nahrung zu verschaffen. An eine gehörige allgemeine Theorie von der Sache ist gar nicht zu gedenken, und da, wo die Materie ihren eigentlichen Sitz hat, bei der Lehre von Einschränkungen des gerichtlichen Effekts natürlicher Verbindlichkeiten, wird derselben gar nicht erwähnt. Wenn man aber von diesem Standpunkte ausgehet: So ergeben sich aus dem Grundsatze, daß gedachte Einschränkung aufs strengste zu erklären, die Folgerungen von selbst, daß diese Ausflucht nur solchen Personen und zwar in solchen Fällen zu statten kommen, welche die Gesetze ausdrücklich genannt haben, folglich weder von den Erben des Schuldeners, noch von andern Personen, noch in andern Fällen, als der Buchstabe des Gesetzes mit sich bringt, davon ein Gebrauch zu machen; 409) daß der Schuldener, dem hier nur eine **Einrede** gestattet ist, keinesweges

 be-

berechtiget sei, das Bezalte zurückzufordern, 410) daß diese Ausflucht dem Kläger nicht entgegen stehe, der nicht sowol aus den Gütern des Schuldeners seine Befriedigung suchet, als vielmehr sein Eigenthum vindiciret, weil die Gesetze nur wollen, daß dem Schuldener aus dem Seinigen nicht mehr genommen werde, als es sein standesmäßig nothwendiger Unterhalt zuläßt; 411) daß bei Bestimmung des nothwendigen Unterhalts auf die standesmässigen Bedürfnisse des Schuldeners und seiner Familie, jedoch nur in so ferne, als er solche zu ernähren schuldig ist, Rücksicht genommen werden müsse, 412) u. d. m.

408) L. 173. D. de reg. iur. L. 30. De de re iud. *Ioh. Aug.* HELLFELD Diss. de beneficio competentiae ex proprio aeque ac tertii iure.

409) L. 24. §. 1. L. 25. D. de re iud. HELLFELD c. l. §. 8.

410) CRAMER *Observat. iur. universi*, T. III. Obs. 896. L. 9. D. de cond. iud.

411) *Hugo* DONELLUS Comment. iur. civil. Lib. 14. cap. 7. in fine, BOEHMER de act. Sect. 2. c. 7. §. 16.

412) HELLFELD c. l. §. 2. --- 4.

# Sechster Abschnitt.

## Erstes Kapitel.

## Von den Vorschriften des Civilrechts wodurch der bisherige gerichtliche Effekt einer natürlichen Verbindlichkeit in der Folge ganz oder zum Theil wieder aufgehoben wird.

### §. 90.

### Gründe dieser bürgerlichen Anordnung.

Ursachen, welche nach dem Naturrechte an sich den Schuldener von seiner Verbindlichkeit nicht befreien, noch die Befugnis des Gläubigers einschränken, können gleichwol einen bürgerlichen Gesetzgeber in manchen Fällen veranlassen, dergleichen Aufhebung oder Einschränkung zu verordnen. Es ergiebt sich aus den besondern Merkmalen der einzeln Rechtsmaterien, welche hieher gehören, vorzüglich ein vierfacher Grund der bürgerlichen Legislation, wonach sich die besondern Fälle am bequemsten rangiren, und die weitern Verhältnisse deutlich entwickeln lassen. Eine wirklich vorhandene, und bisher völlig klagbare Verbindlichkeit kann ihre Wirkung in der Folge wiederum verlieren. **I.) Weil der Gläubiger die zur gerichtlichen**

lichen **Verfolgung** seines **Rechts** bestimmte **Zeit versäumet hat.** Dahin gehöret 1) die Verjährung der Klagen überhaupt, 413) 2) die Praeclusion, vorzüglich bei entstandenen Konkurse der Gläubiger. 414) II.) **Zur Strafe des Gläubigers wegen Uebertretung verbietender, oder gebietender Gesetze.** Wir finden dieses in folgenden Fällen: 1) wenn ein Schuldener oder Gläubiger eines minderjährigen die Vormundschaft des leztern übernimmt, ohne die Forderung anzuzeigen. 415) 2) Wenn die Abtretung einer Schuldforderung dem Anastasianischen Gesetze zuwider, 416) oder 3) an einem Mächtigern geschiehet. 417) 4) Wenn der Gläubiger, um seine Befriedigung zu erhalten, sich der verbotenen Selbsthülfe bedienet. 418) — Die Verjährung und Praeklusion hat mit diesen nicht Einen und denselben Grund, weil Strafe im eigentlichen Verstande eine unerlaubte Handlung voraussezt, welche in dem Falle, da jemand binnen der rechtlichen Frist nicht klagt, nicht vorhanden ist. Denn die Gesetze deuten ihm nur an, wann und wie lange er auf richterliche Hülfe im Staate Anspruch machen könne, und nun stehet es im übrigen bey ihm, ob er binnen solcher Zeit sein Recht geltend machen wolle oder nicht; gerade zu ist er nicht verbunden zu klagen, folglich auch hier keine Strafe im eigentlichen Verstande vorhanden. — III.) **Weil die Gesetze aus vordringender Billigkeit**

dem

dem Schuldener gestatten, von einem sonst bündigen Vertrage wegen veränderter Umstände wieder abzugehen, obgleich das natürliche Zwangrecht ihm solches nicht gestattet. — Man hat bekanntlich die Regel: Alle Verträge enthalten stillschweigend die Klausel: rebus sic stantibus. 419) Diese Regel ist aber, so wie die meisten Sprüchelchen der Art, häufig gemißdeutet und sehr übel angewendet worden. So oft, sagt man, sich solche Umstände zutragen, die einen Kontrahenten, wenn er sie voraus gewust, oder hätte wissen können, von Schliessung des Vertrags gänzlich würden zurückgehalten haben: So ist er nach gedachter Regel berechtiget, von dem einmal getroffenen Kontrakt wieder abzugehen. Wenn dem wirklich so wäre: So würde dadurch Gelegenheit gegeben werden, alle Verträge anzufechten, und sich Niemand weiter auf ein Versprechen verlassen können; So müste ich auch befugt sein, ein heute gekauftes Buch morgen zurückzugeben und mein Geld wieder zu fordern, wenn mir ein Freund immittelst ein Geschenk damit gemacht hätte; denn dies voraus gewust, würde ich jenes nie gekauft haben; die bürgerlichen Gesetze haben freilich dergleichen in einigen besondern Fällen verordnet, aber es ist eine Unart der Ausleger, wenn sie dasjenige, was solchen einzelnen Vorschriften zum Grunde dient, sogleich in allgemeine Regeln umschaffen, und diese als Folgerungen aus

der

der Natur der Sache durchgängig anwenden. Eigentlich wird dazu, um von der Klausul rebus sic stantibus als einer allgemeinen Regel Gebrauch zu machen, erfordert, daß die entstandene Veränderung einen Umstand betreffe, welchen entweder die Natur des Vertrags, oder ausdrückliche Verabredung der Parteien dergestalt wesentlich erfordert, daß ohne ihn der Vertrag wegfällt. Alle übrige besondere Verhältnisse eines oder des andern Kontrahenten kommen hier gar nicht in Betrachtung; z. B. wenn das Mädgen, mit dem sich jemand des Geldes wegen, jedoch ohne dies zur Bedingung zu machen, verlobt hat, in der Folge arm wird; so berechtiget ihm dieses nicht, von der Verlobung zurück zu treten. Wir wollen es ihm ohne Beteurung gerne glauben, daß er in Voraussehung dieser Veränderung gar nicht würde kontrahirt haben, aber er hätte seine Intention, sich vorzüglich mit dem Vermögen der Braut bereichern zu wollen, ausdrücklich erklären müssen. Von selbst versteht sich das nicht. Ein anders ist es nun freilich, wenn die bürgerlichen Gesetze in gewissen Fällen wegen solcher Veränderungen nach einseitigen Verhältnissen, die das Naturrecht an sich zur Aufhebung eines Kontraktes nicht als hinreichend erkannt, dem Einen Theile auch wider Willen des Andern die Zurücktretung erlauben. Denn sollte man diese Fälle aber auch blos als besondere Anordnungen des Civilrechts und eigentlich als

Aus-

Ausnahmen von der Regel, nicht aber als Folgerungen des allgemeinen Grundsatzes oder der sogenannten Klausul rebus sic stantibus behandeln. So z. B. darf 1) eine Schenkung wieder zurückgefordert werden, wenn der Schenker nach derselben allererst eheliche Kinder bekommen; 420) imgleichen 2) wenn der Beschenkte sich einer groben Undankbarkeit schuldig gemacht. 421) 3) Der Miethsmann ist schuldig, das gemiethete Haus zu räumen, wenn der Vermiether es entweder wegen unvorhergesehener Fälle selbst des Hauses benöthiget wird, oder eine Reparatur darin unternehmen muß, wobei jener nicht füglich in der gemietheten Sache verbleiben kann. 422) Nach dem Naturrechte dürfte in diesen Verhältnissen noch nicht sofort eine völlige Aufhebung des Contrakts von Seiten des Vermiethers verlangt werden können. IV.) **Wenn endlich das förmliche Recht dem Gläubiger zuwider ist, dergestalt, daß er seines an sich gerechten Anspruchs durch den Proceß verlustig wird.** Hieher gehören alle diejenigen Fälle, wo jemand fato processus um seine gerechte Forderung gebracht, insbesondere, wenn ein wirklicher Schuldener durch ungerechte rechtskräftige Urtheile absolvirt wird. 423) So weit von Klassifikation der verschiedenen hieher gehörenden Fälle überhaupt. Es ist aber der Gegenstand, dieses Abschnitts sowol im Ganzen, als auch besonders in Rücksicht dieser oder jener

ner einzelnen Gattung noch manches näher zu erläutern. Davon sogleich mit mehrerm.

413) Man siehet ohne weiteres Erinnern, daß hier nur von der extinktiven Verjährung die Rede sei. Vortreflich hat diesen Gegenstand aufgeklärt der Herr Geh. Trib. Rath **Hoepfner** in seinem theoretisch praktischen Commentar über die Institutionen §. 393. und besonders 1184.

414) **Die Lehre von der Praeklusion bei entstandenen Konkurse der Gläubiger**, Leipzig 1781.

415) Nov. 72. Cap. 1. 2. 4. Nov. 94. in praef. Gewisse nothwendige Einschränkungen dieser Vorschriften findet man in den **Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien von zweien Rechtsgelehrten**, Braunschweig und Hildesheim 1780. Th. 1. Num. 38.

416) L. 23. §. 1. C. Mandati.

417) L. 2. C. ne lic. potent, BÖHMER Obseruat. iur. feudal. Cap. 13.

418) L. 13. D. quod met. causa. **J. C. Schmidt praktisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden** §. 775. woselbst die vorzüglichsten Schriften über diese Materie benannt sind.

419) L. 38. u. 82. D. de Solut. *Car. Phil.* KOPP. de clausula rebus sic stantibus secundum ius tum naturale, tum civile. Marb. 1750. Joh. Heinr. **Eberhards Abhandlung von der Klausel:** *rebus sic stantibus*; **in dessen Beiträgen zur Erläuterung der teutschen Rechte.** Th. 1. Seite 1. LEYSER Spec. 40. med. 4. **J. C. Schmidt** öffentliche Rechtssprüche, Seite 183.

183. von Tevenar Versuch über die Rechtsgelahrheit, Seite 363.

420) L. 8 C. de reuoc. Donat. Knorre rechtliche Abhandlungen und Gutachten. n. 21. I. G. SCHELHORN de opinata donationum ab Supervenientes liberos revocatione. Goet. 1747.

421) L. fin. C. de reuoc, donat. *Sim. Henr.* MUSAEI Diss. de revocat. donat. ab praestitam contra donatorem advocationem. Kil. 1702.

422) L. 3 C. de locato conducto. Struben rechtl. Bedenken. Th. 2 num. 34. LAUTERBACH in Colleg. theoret. pract. XIX. 2. 47.

423) L. 28. u 60. D. de cond. indeb. *Henr. de* COCCEII Diss. de vero, debitore absoluto. Tom. 2. Exercitat. p. 874. BROCKES Select. Observat. N. 1.

## §. 91.

## Ueber die natürliche Verbindlichkeit in vorstehenden Fällen.

Die Frage: ob der Schuldener, welcher die Civilgesetze solchergestalt von den gerichtlichen Ansprüchen des Gläubigers befreien, annoch natürlich verbunden bleibe? ist in Ansehung der Folgen, welche davon abhängen, sehr wichtig. Denn in soferne wir solche bejahen, oder verneinen, in soferne müssen wir auch hin und wieder die Kompensation, die Zurückforderung des Gezalten, das Retentionsrecht, die Bürgschaft und Verpfändung in obigen Fällen zum Theil für gültig erklären, zum Theil aber verwerfen.

Im allgemeinen ist die erwähnte Frage unter den Rechtsgelehrten eigentlich noch nicht zur Erörterung gekommen: man pflegt sich nur in Rücksicht auf einige einzelne Fälle damit zu beschäftigen, in den mehrsten aber wird sie gar übergangen. Vorzüglich ist darüber gestritten: ob ein Beklagter, welcher durch ungerechten richterlichen Ausspruch absolviret worden, eben dadurch auch von der natürlichen Verbindlichkeit befreiet werde? Man ist aber dabei von beiden Seiten auf Behauptungen gerathen, die, wenn sie im Zusammenhange der Lehre geprüft werden, sehr dürftig ausfallen. Cocceji, welcher sich für die bejahende Meinung erkläret, stellet bei dieser Gelegenheit den Satz auf, daß auch in andern Fällen, z. B. der Verjährung rc. wo bürgerliche Rechte den Schuldener befreien, die natürliche Verbindlichkeit desselben gänzlich hinwegfalle. 424) Denn, sagt er, ihm steht ja die condictio in debiti zu. Dies hat aber kein Gesetz im allgemeinen verordnet, und der angeführte Grund ist daher wirklich petitio principii. Das sicherste, um alle Verwirrung zu vermeiden, ist wol, wenn wir zuvörderst auf diejenigen Grundsätze zurückgehen, welche uns die Natur der Sache an Hand giebt, und sodann unser Augenmerk auf die positive Legislation selbst richten. Daß nun einenteils die Fortdauer der natürlichen Verbindlichkeit von dem gerichtlichen Effekte derselben nicht abhange, und anderntheils die Einschränkung des gerichtlichen

Ef-

Effekts auf das strengste zu erklären sey, ist bereits oben deutlich genug ausser Zweifel gesetzet. Dieses leitet uns aber auf folgende Bemerkungen, welche die Sache ganz erschöpfen. I.) Wenn die Verordnung der Civilgesetze nur dahin gehet, daß der Gläubiger künftig **mit seiner Klage nicht weiter gehöret werden soll**: So versteht es sich von selbst, daß nicht allein die natürliche Verbindlichkeit des Schuldeners, sondern auch zum Besten des Gläubigers der übrige gerichtliche Effekt fortdaure, welchen ihm die Gesetze nicht wirklich abgesprochen haben.

II.) In soferne aber die Gesetze dem Gläubiger nicht bloß richterliche Hülfe versagen, sondern ihre Absicht dahin gehet, ihm eine sonst auch gegründete Forderung selbst abzusprechen, nicht blos die Ausübung seiner Befugnis einzuschränken, sondern **ihn seines ganzen Rechts an sich verlustig zu erklären**: in soferne hört auch auf Seiten des Schuldeners selbst die natürliche **Zwangspflicht** auf. Denn vorausgesetzt, was nicht leicht jemand leugnen wird, daß die Gesetze gewisse Handlungen des Gläubigers mit dem ganzen Verluste seines Rechtes beahnden können: So kann ja nicht füglich den Schuldener eine natürliche Verbindlichkeit treffen, wenn das bürgerliche Verhältnis macht, daß auf Seiten des Gläubigers gar kein Recht mehr vorhanden ist. Es kann zwar oft den Pflichten des Anstandes und der Menschenliebe

gemäß sein, daß der Schuldener doch bezale, welches aber von manchen persönlichen Verhältnissen beider Theile abhängt, die bei eigentlichen Zwangspflichten gar nicht in Betrachtung kommen.

III.) Verliert endlich der Gläubiger seine bisherigen Ansprüche zwar nicht, weil ihm die Gesetze einer an sich gegründeten Forderung verlustig erklären, sondern **weil nach förmlichen Rechten angenommen wird, daß seine vermeinte Forderung nicht gegründet sei**: So müssen die Gerichte in der Folge, den Schuldener allewege, als einen solchen ansehen, dem auch keine natürliche Verbindlichkeit weiter obliegt, wenn gleich an sich das wirkliche Recht auf der Seite des Gläubigers sein kann, weil darauf, wann einmal förmliches Recht vorhanden ist, nicht weiter Rücksicht genommen werden darf. Im allgemeinen können wir nun aus den bisherigen Grundsätzen schon so viel folgern: daß in Fällen, wo das Erstere eintritt, dem Gläubiger immer noch die Befugnis verbleibe, sich durch Kompensation, Retention u. s. w. zu dem Seinigen zu verhelfen, wenn er gleich **mit einer Klage** nicht mehr gehöret wird —. Sind aber bürgerliche Vorschriften der zweiten Art dem Gläubiger entgegen, dergestalt, daß er **seines Rechts** an sich verlustig erklärt worden: So kann er weder durch Klagen, noch durch die übrigen erwehnten Mittel davon Gebrauch machen; sollte auch

der

der Schuldener aus einem Irrtume etwas bezalet haben: So kann der eigentlichen condict. indeb. eine Forderung nicht entgegen gesetzt werden, deren sich der Gläubiger ganz verlustig gemacht hat. Ein anderes ist indessen von einer freiwillig und wissentlich geleisteten Zalung zu behaupten. Eben diese Grundsätze müssen auch angewendet werden, wann endlich das förmliche Recht den Schuldener absolvirt hat. Zalet er nun doch noch freiwillig: So kann er es freilich nicht zurückfordern. Aber die aus Irrtum geleistete Zahlung berechtigt ihn allerdings dazu, gesetzt auch, daß der Gläubiger eine wahre Schuld beweisen wollte; denn dazu kann ihm der Richter nicht admittiren, weil der Schuldener einmal rechtskräftige Absolution, mithin das förmliche Recht vor sich hat —. So verhält sich die Sache nach allgemeinen Grundsätzen und Begriffen; Ob die positiven Gesetze davon ausdrückliche Bestätigung enthalten, und wie nunmehro die einzelnen Fälle danach zu bestimmen? wird sich sogleich mit Mehrerm ergeben.

424) *Henr. de* COCCEII, cit. Diss. de vero debitore absoluto Sect. 2. §. 21. sequ. Sect. 3. tot.

## § 92.

## Fortsetzung des Vorigen.

Die im vorigen §. vorgetragene Theorie beruhet auf sichere Vernunftgründe, und wir können daher, ohne klare und ganz bestimmt re-

dende Vorschriften der Civilgesetze, in der Anwendung nicht davon abweichen: vielmehr müssen wir im Zweifel selbst bei Erklärung der positiven Verordnungen jenen Grundsätzen nachgehen. In L. 19. D de cond. indeb. heißt es: Si poenae causa eius, cui debetur, debitor liberatus est; naturalis obligatio manet —. Diese Stelle bezielt unstreitig solche Verordnungen des Civilrechts, welche dem Gläubiger blos die Klage entziehen, und in soferne den Schuldener befreien; nicht aber solche Gesetze wodurch der Gläubiger seines ganzen Rechts verlustig erklärt wird. Deutlicher wird dieses in L. 9. §. 4. D. ad S. C. Maced. auseinander gesetzet: Hi demum Solutum non repetunt, qui ob poenam creditorum *actione liberantur, non quoniam exonerare eos lex uoluit*. Es ist also, wie ein jeder siehet, in den einzelnen Fällen vor allen Dingen die bürgerliche Disposition ihrem ganzen Inhalte nach genau zu prüfen, und zuvörderst auszumachen, ob dem Gläubiger das ganze Recht an sich abgesprochen, mithin der Schuldener überhaupt von der Forderung frei erklärt, oder ob nur gewisse Rechtsmittel dem Gläubiger abgeschnitten worden, wonächst sich über die Fortdauer der natürlichen Verbindlichkeit, und den etwa bleibenden Effekt derselben der Aufschluß bald ergeben wird. So z. B. darf der Creditor, welcher die zur Verfolgung seines Rechts bestimmte Zeit versäumet, in der Folge zwar nicht weiter klagen, al-

lein nirgend haben ihn die Gesetze seines ganzen Rechts verlustig erkläret; und ich finde daher auch kein Bedenken zu behaupten, daß die natürliche Verbindlichkeit des Schuldeners fortdaure. 425) Was andere dagegen eingewandt, daß nemlich bei eintretender Verjährung anzunehmen sei, daß der Gläubiger sich seines Rechts begeben habe, 426) ist in der That sehr unbedeutend. Denn einenteils gründet sich die dem Naturrechte an sich unbekannte Verjährung, selbst nach den Civilgesetzen, eigentlich nicht in der vermutheten Dereliction, 427) und anderntells dürfte aus einer solchen bürgerlichen Rechtsvermuthung nicht füglich eine Aufhebung der natürlichen Verbindlichkeit anzunehmen, sondern immer vor allen Dingen erst zu untersuchen sein, welche Kraft die Civilgesetze derselben eigentlich beilegen. Diese enthalten aber ausdrücklich von gedachter Vermuthung gar nichts, vielmehr wird man überall finden, daß sie nach Ablauf einer gewissen Zeit, namentlich blos **die Befugnis zu klagen**, dem Gläubiger absprechen, keinesweges aber das Recht desselben und die Verbindlichkeit des Schuldeners an sich aufheben. Ich wiederhole aber, daß hier nicht von der Usukapion, wo ich mein Recht verliere, weil es ein anderer erworben hat, sondern nur von der extinktiven Verjährung die Rede sei, wo nur die **Rechtshülfe** blos darum versagt wird, weil ich meiner Seits binnen einer gewissen Zeit nicht darauf angetragen habe. Entstehet daher die

Frage: ob der Schuldener, welcher nach abgelaufener Verjährungszeit bezalet, solches widerum zurückfordern kann? So hat die verneinende Antwort in den Fällen ohnehin schon kein Bedenken, wenn der Schuldener wol wissend, daß keine Klage wider ihn weiter statt finde, die Zalung leistete, imgleichen wenn eine Unwissenheit des Rechts ihm zur Zalung bestimmte, weil solche bekanntlich denen nicht zu statten kömmt, deren Absicht auf ein Lukrum gerichtet ist. 428) Wie aber, wenn der Schuldener in facto irrete, wenn er nicht wüste, daß die Verjährungszeit schon verstrichen sei? welches zumal bei Erben sehr leichte der Fall sein kann. Bei dieser Frage müssen wir noch etwas verweilen. Die mehrsten Juristen gestatten dem Schuldener die Zurückforderung des Bezalten; 429) welches man freilich bei denen nicht befremdlich finden wird, welche ihn selbst von der natürlichen Verbindlichkeit befreiet wissen wollen. Sonderbarer hingegen ist es, die nämliche Behauptung sogar bei Andern anzutreffen, welche sonst doch zugeben, daß, der Verjährung ungeachtet, die natürliche Verbindlichkeit an sich fortdaure. 430) Da wir aber den Grund, worauf jene sich berufen, schon unrichtig befunden haben: So ist nur noch zu untersuchen, was diese für sich anführen. Sie denken sich hier eine sogenannte natürliche durch das Civilgesetz gänzlich destruirte Verbindlichkeit, und vergleichen den gegenwärtigen Fall mit der Bürgschaft der

Weibs-

Weibspersonen; allein unrichtig. Denn die gesetzliche Zeit, nach deren Ablauf dem Schuldener die Verjährung zu statten kommt, ist lediglich nur der gerichtlichen Klage des Gläubigers vorgeschrieben; hingegen dem Schuldener geben die Gesetze lediglich nur eine Einrede, welches der Ausdruck: praescriptio temporis in dem römischen Gesetzbuche an sich schon mit sich bringet, und alle einzelne Verordnungen deutlich genug bestimmen. 431) Angenommen nun, daß natürliche Verbindlichkeit an sich vorhanden sei; angenommen, daß der Buchstabe des positiven Rechts blos die Klage des Gläubigers ausschliesset: So müssen ja die übrigen Wirkungen der natürlichen Verbindlichkeit aufrecht bleiben, und folglich kann der Schuldener sich in keinem Betrachte ermächtigen das Bezalte zurückzufordern, wie uns denn auch ohnehin schon das Gesetz dahin anweiset: Si quidem eius causa exceptio datur, cum quo agitur solutum repetere potest, *ubi uero in odium eius cui debetur, exceptio datur, perperam solutum non repetitur*. L. 40. pr. D. de cond. ind, Alle diese so tristigen Gründe sollen dennoch in folgender Stelle des römischen Gesetzbuches ihre Erledigung finden: Si quis, postquum tempore transacto liberatus est, fideiussorem dederit, fideiussor non tenetur, quoniam erroris fideiussio nulla est. L. 37. D. de fideiuss. Gilt also, sagt man, nach abgelaufener

fener Verjährungszeit die Bürgschaft nicht: So haben wir ja das unstreitigste Kennzeichen einer gänzlich destruirten Verbindlichkeit, und folglich muß auch der Schuldener berechtigt sein, das Bezalte zurückzufordern. Einigen Schein hat dieses Argument wirklich, und da es die angesehensten Lehrer des Civilrechts zu dem ihrigen gemacht haben: So ist es freilich leicht zu erklären, wie die darauf gestützte gegenseitige Meinung so herschend werden können. Ich bin indessen überzeugt, daß die angeführte Stelle meine Behauptung in der That nicht zuwider sei, und zwar aus folgenden Gründen. Zuvörderst ist 1) in dem Gesetze mit keinem Worte gesagt, daß die Bürgschaft darum nicht gelten solle, weil sie wegen einer natürlichen, durch Civilgesetze ganz entkräfteten Verbindlichkeit geschlossen worden, sondern es wird eigentlich der Grund angeführet, quoniam erroris fideiussio nulla est. Man schliest daher wol ein wenig zu voreilig von der ungültigen Bürgschaft, auf die an sich ganz destruirte natürliche Verbindlichkeit, bey welcher die Bürgschaft ohne Wirkung sein würde, wenn auch gar kein Irrtum dabei obwaltete, z. B. wenn ich einer Spielschuld wegen einen Bürgen stelle —. Vorausgesezt also, daß der römische Jurist am angeführten Orte von Bürgschaften nach abgelaufener Verjährung handle: So ist er auch in der That mehr auf unsere Seite als wider uns, weil er nicht wegen aufgehobener Verbindlichkeit an

sich,

sich, sondern nur des Irrtums wegen die Bürgschaft unverbindlich hält. Damit kann es aber recht wol bestehen, daß dem Schuldener, wenn er auch aus Irrtum bezahlet hätte, die condictio indebiti nicht frei stehe. Denn 2) da dem Gläubiger einmal wegen eingetretener Verjährung die Klage durch das Gesetz ausdrücklich versaget ist: So kann er freilich in der Folge nicht anders als durch freiwillige Verwillkührung des Schuldeners wieder dazu gelangen; mithin auch nicht durch Bestellung eines Bürgen, es wäre denn, daß von Seiten des Schuldeners eine Entsagung der Einrede der Verjährung damit verbunden sein sollte. Die fällt bei dem vorausgesetzten Irrtum hinweg, folglich ist der Buchstabe des Gesetzes seiner Klage immer noch zuwider. Die Zurückforderung des Bezalten hingegen ist dem Schuldener in keinem Gesetze eingeräumt, und folglich können wir ihm diese, wegen der fortdaurenden natürlichen Verbindlichkeit nicht einräumen. Ueberhaupt aber 3) steht es noch sehr dahin, ob in dem angeführten Gesetze, L. 37. D. de fideiuss. von der eigentlichen Verjährung die Rede sei. Es heist zwar darin: Si quis, postquum tempore transacto liberatus est etc. Allein nehmen wir bei der Erklärung die Inscription mit zu Hülfe, so werden wir auf eine andere Stelle geleitet, die es sehr wahrscheinlich macht, daß die gedachten Worte nicht hieher gehören. Es war Grundsatz im Systeme

der

der römischen Jurisprudenz, daß nach strengen Rechten keine Verbindlichkeit nur auf eine gewisse Zeit dauren könne, und das folglich der Ablauf einer gewissen Frist nie ipso iure eine Verbindlichkeit aufhebe, wenn gleich der Billigkeit wegen die Klage des Gläubigers durch Einrede abgelehnt werden könnte. Diesen Grundsatz trägt der nämliche Jurist, von dem L. 37. D. de fideiuss. herrühret, Paullus in L. 44. D. de obl. et act. mit folgenden Worten vor: Circa diem duplex inspectio est. Nam uel *ex die* incipit obligatio, aut confertur *in diem*. *Ex die* ueluti *Calendis* martis dare spondes? cuius natura haec est, ut ante diem non exigatur. *Ad diem* autem: *Usque ad* calendas dare spondes? *Placet uero ad tempus obligationem constitui non posse, non magis quam legatum. Nam quod alicui deberi caepit, certis modis desinit deberi. Plane post tempus stipulator uel pacti conuenti, uel doli mali exceptione summoueri poterit.* So wie daher in diesem Falle dem Schuldener gegen die Strenge des Rechts mit einer Einrede geholfen wird: So erfordert es auch die Billigkeit, daß eine nach Ablauf der Zeit aus Versehen bestellte Bürgschaft nicht mehr gelten könne. Wenn nun ebenderselbe Rechtsgelehrte an der andern Stelle sagt: Si quis, postquum tempore transacto liberatus est, fideiussorem dederit, fideiussor non tenetur, quoniam erroris fideiussio nulla est: So ist es gewiß nicht wider die Re-

geln

geln der Hermeneutik, wenn wir diese leztern Worte, in Beziehung auf eben den Gegenstand erklären, wovon in L. 44. D. de obligat. et actionib. die Rede ist, mithin nicht von der Verjährung, welche blos die Klage des Gläubigers ausschliesset, sondern von solchen Fällen, wo die Schuld selbst nur eine Zeitlang dauret, und mit dem Ablauf einer gewissen Frist die natürliche Verbindlichkeit an sich aufhöret, obgleich den Vorschriften des strengen Rechts erst mittelst einer Einrede begegnet werden muß; woraus sich denn die weitern Folgen von selbst so deutlich ergeben, daß es wenig Zutrauen zu meinen Lesern verrathen würde, wenn ich mich weiter dabei aufhalten wollte.

425) BACHOW in tr. de pignoribus. Lib. 5 Cap. 3. p. 369 sequ. Das Gegentheil behaupten COCCEII cit. Diss. de vero debitore absoluto Sect. 2. §. 21. sequ. VASQUIUS quaest. illustr. p. 1. c. 53.

426) VASQUIUS u. COCCEII L. c.

427) L. 1. D. de usucap. L. fin. D. pro suo. BARBEYRAC in not. ad Grot. vis belli et pacis. Lib. 2. Cap. 4. §. 6. LEYSER Spec. 454. Med. 1.

428) L. 9. C. ad L. falcid. L. 7. D. de iuris et facti ignorant.

429) HAHN *ad Wesenbec*. Lib. 12. Tit. 6 n. 6. MÜLLER *ad Struv. Exercit. 18. thes. 33.* WERNHER Lectiss. Comment. ad Pandect. tit. de cond. indeb.

430) BACHOV ad Treutler Disput. 48. thes. 3. lit. H.

431) Tot. Tit. C. de praescript. XXX. vel XL. annor.

§. 93.

## §. 93.

### Fortsetzung; von der Praeklusion.

Mit der Verjährung hat die Praeklusion eine grosse Aehnlichkeit; 432) sie unterscheiden sich aber vorzüglich darin, daß bei jener das Gesetz die Zeit bestimmt, bei dieser hingegen der Befehl des Richters, in Rücksicht auf einzelne Rechtssachen. Wir haben, was die eigentliche Wirkung der Praeklusion anbetrift, keine ausdrückliche Vorschriften der gemeinen Rechte, folglich sind Natur der Sache, Analogie des Rechts, und der Gerichtsgebrauch die Quellen, woraus wir schöpfen müssen. Man hat behaupten wollen, daß nach erfolgter Praeklusion das ganze Recht an sich verlohren gehe, so, daß der praekludirte Gläubiger in der Folge weder gegen den Schuldener noch gegen andere, weder durch Klagen noch durch Einreden weiter Gebrauch davon machen könne. 433) Allein das Unzutreffende dieser Behauptung fällt sehr auf. Zuvörderst betrift die Praeklusion ihrem Begriffe nach nicht sowol das Recht an sich, als vielmehr immer nur die Ausübung der Rechtsmittel, deren Verlust den Ausbleibenden angedrohet worden; ihre Wirkung kann sich dahero nicht weiter, als auf diese Rechtsmittel, und was unzertrennlich von derselben abhängt, erstrecken. Zweitens, da die Ladung, welche der Richter unter Androhung der Praeklusion ergehen läst, sich immer nur auf den konkreten Fall beschränket,

wel-

welcher dermalen beim Richter obschwebet: So kann auch der ausbleibende Gläubiger nur in dieser Hinsicht für praekludirt geachtet, folglich ihm nicht versagt werden, seinen Anspruch gegen andere Personen und Sachen, imgleichen unter andern Verhältnissen geltend zu machen. Daher die im Konkurs erfolgte Praeklusion, den Gläubiger nur von der gegenwärtigen Masse, nicht aber von der gegen den Schuldener selbst, oder gegen dessen Erben anzustellenden Klage ausschließet. 434) Sollte auch der Schuldener in der Folge den praekludirten Gläubiger gerichtlich belangen: So leidet es kein Bedenken, daß dieser sich der Kompensation bedienen dürfe. 435)

432) Die Lehre von der Praeklusion. S. 5.

433) LEYSER Spec. 490 M. 1. Dieser behauptet zwar Spec. 488. med. 1. daß die Klage des Gläubigers durch die Cession der Güter nicht erlösche, sondern nur einstweilen ruhe; tantisper quiescit; weshalb BALTHASAR in Classif. Cred. p. 118. und der Verfasser **der Lehre von der Praeklusion** Seite 82. dem **Leyser** verworfen, daß er sich selbst widerspreche; ich finde aber diesen Wiederspruch nicht Denn unstreitig will er Spec. 488 von denen Gläubigern verstanden sein, die sich wirklich gemeldet, jedoch aus den cedirten Gütern ihre Befriedigung nicht erhalten haben.

434) BALTHASAR a. a. O. **Claproth** Konkurs-Proceß, in dessen summarischen Processen. Seite 75. PUFENDORF T. 1. Obs. 176.

435) L. 6. D. de Compensat.

§. 94.

## §. 94.

### Von der natürlichen Verbindlichkeit in den übrigen Fällen, vorzüglich von dem Schuldener, der durch ungerechten richterlichen Ausspruch losgesprochen worden.

Da die Gesetze den Vormund, welcher bei Uebernahme der Curatel seine Forderung an den Pupillen verschwiegen, nicht mit dem Verlust seines ganzen Rechts beahndet, sondern ihm nur mit seiner Klage nicht weiter gehöret wissen wollen: 436) So verstehet es sich von selbst, daß die natürliche Verbindlichkeit, mit allen ihr nicht ausdrücklich genommenen Wirkungen fortdaure; Ein gleiches müssen wir von dem Falle behaupten, wenn die Cession einer Schuldforderung gegen das Anastasianische Gesetz unternommen worden, weil die Gesetze auch dabei nichts weiter, als den Verlust der Klage, in soferne der Vorgang jener Vorschrift zuwider ist, verordnet haben. 437) Hingegen auf die unerlaubte Selbsthülfe, und die Cession an einen Mächtigern, ist in L. 13. D. quod metus causa und L. 2. C. ne liceat potent. nicht blos Verlust der Klage, sondern des ganzen Rechts an sich zur Strafe geordnet, und dahero fällt auch die natürliche Zwangspflicht gänzlich weg, vielmehr stehet dem, der aus Irrtum bezalte, die Zurückforderung frey, welche durch eine höchstens hier übrig blei-

bleibende Liebespflicht keinesweges unzulässig wird. 438) Endlich müssen wir über den Fall, da ein Schuldener durch ungerechten richterlichen Ausspruch losgesprochen, imgleichen wenn überhaupt der Gläubiger fato processus sachfällig erklärt worden, noch eins und das andere zur nähern Erläuterung hinzufügen. Allgemeine Vernuuftgründe über diesen Gegenstand sind schon oben vorgekommen; und hätten die Rechtsgelehrten zuvörderst darauf ihr Augenmerk gerichtet, und danächst mit Rücksicht auf die besondern Verhältnisse, welche hier eintreten, den Inhalt der positiven Gesetze zu untersuchen, sich die Mühe genommen: So würde die Sache weniger streitig unter ihnen geworden sein. Man hat aber statt dessen für gut gefunden, die Frage, ob ein Schuldener in erwähnten Fällen annoch natürlich verbunden bleibe? lediglich danach überhaupt bejahend oder verneinend zu entscheiden, je nachdem man in den römischen Civilgesetzen Stellen für das Eine oder das Andere gefunden zu haben vermeinet; da doch die gedachte Frage an sich schlechthin aus dem Naturrechte ihre Entscheidung erhalten, und danächst der gerichtliche Effekt nach Vorschrift der Civilgesetze bestimmt werden muß. **Anton Faber, Zoesius, Lauterbach,** und andere mehr 439) behaupten, daß ein solcher Schuldener allewege natürlich verbunden bleibe, und eben darum auch condictio indebiti wegfalle. Hingegen **Cocceji, Donell, Voet,** und meh-

rere mit ihnen 440) verwerfen, wenn einmal rechtskräftige Absolution des Schuldeners vorhanden ist, auch die natürliche Verbindlichkeit, und halten daher die Zurückforderung des Gezalten für zuläßig. Was die einzelnen Argumente von beiden Seiten anbetrift: So wird man bei der Nachlesung der angeführten Schriften sich sehr bald von der Wahrheit unserer obigen Bemerkung überzeugen. Daß an sich ein ungerechter Ausspruch des Richters, wenn wir auf wirkliches Recht und wirkliches Unrecht sehen, den Schuldener von aller natürlichen Verbindlichkeit nicht befreie, ist so evident, daß es gar keines weitern Beweises bedarf; und wenn Cocceji dagegen anführet, daß der Gläubiger sich selbst der gerichtlichen Entscheidung unterworfen, mithin vermöge seiner eigenen Verwillkührung kein Recht mehr habe, sobald judikate Erkenntnisse ihm solches absprechen, und daß eben daher auch der Schuldener aus solcher Vereinbarung der Parteien vollkommen berechtiget sei, sich nach erfolgtem obsieglichen Urteile von aller, auch der natürlichen Verbindlichkeit, befreiet zu achten: So ist doch das Irrige dieser Schlusfolge sehr leicht zu zeigen. Denn dessen nicht zu gedenken, was sich gegen die gewöhnliche Meinung, welche der Grund der Rechtskraft auf einen Vertrag zurückführet, noch wol erinnern liesse: So ist doch die Absicht der streitenden Theile, wenn sie ihre Angelegenheit der richterlichen Entscheidung unterwer-

werfen, keineswegens, ihr ganzes Schicksal und ihre Rechte an sich auf ein blosses Ungefähr, auf eine ganz unbeschränkte Willkühr des Richters ankommen zu lassen, sondern sie erwarten ein gerechtes, den Gesetzen und der Sache angemessenes Urteil; und folglich kann der Schuldener, den ein ungerechtes Urteil losgesprochen hat, sich unmöglich den Gedanken erlauben, daß eigene Einwilligung des Gläubigers ihn von aller Verbindlichkeit befreiet habe. In dieser Hinsicht hat **Anton Faber** sehr richtig geurteilet: Rerum iudicatarum auctoritas est tota ex mera ratione iuris ciuilis, ut litium aliquis finis esse possit, sed hoc nihil commune habet cum aequitate naturali. Selbst die römischen Rechtsgelehrten haben diese an sich fortdauernde natürliche Verbindlichkeit des Schuldeners nicht verkannt; sondern, wie aus mehrern Stellen der Pandekten erhellet, ausdrücklich behauptet, daß wenn gleich ein ungerechtes richterliches Erkenntniß den Schuldener frei gesprochen hätte, dennoch die natürliche Verbindlichkeit desselben dadurch nicht aufgehoben werde. 441) Man hat sie aber ganz unrichtig verstanden, und ist in der Folge unstreitig zu weit gegangen, wenn man diese Stellen dahin gedeutet hat, daß die erwähnte natürliche Verbindlichkeit auch danächst vor Gericht in der Masse geltend gemacht werden könne, daß der Gläubiger eine Einrede daraus hernehmen, und folglich der Schuldener das Gezalte nicht wieder

 zurück=

zurückfordern könne. Wer siehet hier nicht die Vermischung des förmlichen und wirklichen Rechts; und das von dem leztern ein Gebrauch gemacht werden soll, dem das erstere zuwider ist. Dies gehet, wenn man das Ganze nicht in Gefahr setzen, und alles der Unordnung preis geben will, durchaus nicht an. Die gemeine Wolfahrt erfordert es, daß die Rechtshändel ein gewisses Ziel haben, und die Parteien sich bei dem begnügen müssen, was rechtskräftige Erkenntnisse mit sich bringen, und solchergestalt förmliches Recht unter ihnen ausmacht. Es ist nicht zu vermuthen, daß es nicht auch wirkliches Recht sein sollte. Auf alle Fälle aber, und wenn auch ein oder anderes Individuum leiden sollte, muß in Gerichten als wirkliches Recht oder Unrecht angesehen und behandelt werden, was einmal förmlich dafür erkannt worden; folglich muß das rechtskräftige Urteil, wodurch der Beklagte für nicht schuldig erkannt worden, den vollgültigsten Beweis der Nichtschuld ausmachen, mithin auch bei geschehener Zalung aus Irrtum die condictionem indebiti allerdings rechtfertigen. Freilich derjenige, welcher wuste, daß er absolviret sei, und dennoch bezalete, kann sich keine Zurückforderung einfallen lassen; aber gesezt, der Erbe bezahlt einen Posten, ohne zu wissen, daß sein Erblasser bereits davon losgesprochen sei. Sollte dieser wol nicht in Grundlage des rechtskräftigen Ausspruchs, die gedachte

Klage

Klage anstellen können? Allerdings; denn angenommen auch, daß der Erblasser wirklich durch ungerechten richterlichen Ausspruch absolviret, folglich an sich der Erbe annoch natürlich verbunden sei: So kann doch diese natürliche Verbindlichkeit hier nicht attendiret, ja nicht einmal ausgemacht werden. Denn der Erbe, da er das rechtskräftige Urteil für sich hat, braucht ja nichts mehr zum Beweise des indebiti, und der Gläubiger kann, da ihm die Rechtskraft einmal im Wege stehet, mit Beweisen dagegen nicht weiter gehöret werden. Offenbar hat **Donell** darin recht, wenn er schreibt: Contrarium adversus eum, qui absolutus est, numquam probati potest. Nam si is, qui solutum a reo absoluto errante acceperat, dicat, vere debuisti, et probare paratus sum, non audietur. Certi enim iuris est post rem iudicatam nil amplius quaeri, quam an iudicatum sit. *Absolutus igitur semper pro eo habetur, quasi non deberet.* Quodsi illam vim rei iudicatae concedunt omnes, sciant quoque hoc admisso, indebiti soluti repetitionem locum habere. Es ist auch den römischen Rechtsgelehrten, wie die Fragmente aus ihren Schriften deutlich genug ergeben, keinesweges eingefallen, diesen Grundsätzen zu widersprechen. Man darf nur das Ansehen und die Wirkung, welche sie überhaupt der Rechtskraft beilegen, in Betrachtung ziehen, um sich völlig davon zu überzeugen. Es versteht sich aber von selbst, daß man bei

den einzelnen Stellen, welche die Zurückforderung des Gezalten in besondern Fällen verwerfen, vorzüglich auf die eigene Beschaffenheit dieser Fälle, und die dabei eintretende Umstände Rücksicht nehmen müsse, ehe und bevor man allgemeine Regeln daraus bildet. So z. B. pflegen die Rechtsgelehrten, welche dem unrechtmässig absolvirten Schuldener die condict. indeb. versagen, sich auf L. 28. D. de cond. ind. zu berufen; wo es heist: Index si male absolverit, et absolutus *sua Sponte* soluerit, repetere non potest —. Allein da hier von einem solchen die Rede ist, der wissentlich eine gerichtlich verworfene Schuld bezalet hat: So siehet man wol, daß dieses Gesetz gar nicht wider uns sei; Eben so vergeblich beruft man sich auf die L. C. 60. D. de cond. indeb. und 8. §. 1. D. rem ratam haberi, weil in beiden Gesetzen nicht einmal von dem Falle, da der Schuldener nach ergangenem Absolutor-Erkenntnisse bezalet, sondern davon die Rede ist, wenn er vor erfolgtem Erkenntnisse die Schuld abgetragen. 442) Vielmehr wird dasjenige, was wir als Folgen des förmlichen Rechts angeführt haben, durch eine Menge Gesetze, deren wir nur einige anführen wollen, zur Genüge bestätiget. In L. 25. D. de statu hominum heißt es: Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, *quamuis fuerit libertinus, quia res iudicata pro veritate accipitur.* L. 56. D. de re iud. Post rem iudica-

dicatam enim nihil quaeritur —. In eben diesem Gesetze heißt es auch, daß es einerlei Wirkung habe, wenn die Sache durch förmliche rechtskräftige Entscheidung, oder durch das Geständnis, oder durch den Eid ihre Endschaft erlangt hätte; und um so merkwürdiger wird uns daher folgende Stelle: L. 43. D. de cond. ind. Si quis iuraſſet, ſe dare non oportere, ab omni contentione diſcedetur, atque ita ſolutam pecuniam repeti poſſe dicendum eſt —. Warum sollte also das förmliche Recht eines absolvirenden Endurteils nicht gleiche Wirkung haben? da doch im umgekehrten Falle, wenn Jemand widerrechtlich zur Zalung verurteilet worden, L. 29. §. 5. D. Mandati klar verordnet: propter rei iudicatae auctoritatem repetitio ſoluti ceſſat. —. Ueber die Bürgschaft, das Pfandrecht, die Compensation u. s. w. in den vorstehenden Fällen überhaupt, wird in der Folge mit Mehrerm gehandelt.

436) Nov. 74. Cap. 4.

437) L. 23. C. Mandati.

438) *Henr.* *de* COCCEII Diſſ. de Antidoris in dessen Exercitationibus Volum. 2. p. 859. *Sam.* *de* COCCEII iur controv. lit. de cond. indeb. Quaeſt. 5.

439) *Anton* FABER Rational ad Pandect. L. 60. D. de cond. indebiti. ZOESIUS Comment. ad Pand. Lib. 44. Tit. 2. n. 14. LAUTERBACH Comp. iur. pag. 202. BRUNNEMANN ad L. 60. D. de cond. ind. HELLFELD iurisprud. forenſ. §. 829. BROCKES Obſervat. Select. Argum. 1.

440) *Henr. de* COCCEII de vero debitore obſoluto. Sect. 3. *Hugo* DONELL Comment. iur. civil. Lib. 14. Cap. 12. *Ioh.* VOET. Comment. ad Pand. Lib. 12. Tit. 6. §. 4. *Samuel de* COCCEII iur. controverſ. Tit. de cond. indeb. Quaeſt. II.

441) L. 60. D. de cond. ind. L. 8. §. 1. rem ratiam haberi.

442) Man ſehe hierüber Cocceji und Donell in den bemerkten Stellen. Eines andern Geſetzes, worauf man ſich auch zu berufen pflegt, L. 50. §. 2. D. de pecul. habe ich kaum erwähnen mögen, weil es gar nicht von der natürlichen Verbindlichkeit nach erfolgter Rechtskraft, ſondern von der natürlichen Verbindlichkeit der Knechte handelt.

# Sechſter Abſchnitt.

## Zweites Kapitel.

## Allgemeine Beobachtungen zu dieſem und dem nächſtvorhergehenden Abſchnitte.

### §. 95.

**Nach welchen Geſetzen der Richter, im Fall einer Kolliſion der poſitiven Rechte verfahren müſſe?**

In Anſehung der natürlich erlaubten, aber bürgerlich verbotenen Rechtsgeſchäfte haben wir be=

bereits oben §. 62. die Regel ausser Zweifel gesetzt, daß es dabei lediglich auf die Gesetze des Orts, wo der Handel geschlossen worden, ankomme. Wenn aber natürlich erlaubte und verbindliche Handlungen nicht sowol durch bürgerliche Gesetze verboten oder gänzlich annulliret, als vielmehr nur in Ansehung der gerichtlichen Wirkung eingeschränkt sind; und in diesem Punkte da, wo der Handel eingegangen ist, ein anderes Recht gilt, als da, wo geklagt wird: So entstehet die wichtige Frage: nach welchen Gesetzen der Richter sodann den Vorgang beurteilen solle? Interessant ist sie vorzüglich in einem Lande, wie unser teutsches Vaterland, welches neben den beiden auswärtigen Rechtskörpern eine der Anzahl nach ganz ehrwürdige Sammlung von Reichs- und Provinzial-Gesetzen, von statutarischen Rechten und Gewohnheiten (freilich hin und wieder Materialien zur Geschichte und Verfassung der Abderiten) aufzuweisen hat. Es fehlt auch nicht an besondern Abhandlungen über die Kollision dieser verschiedenen Rechte, wovon ich die vorzüglichsten §. 61. schon angeführet habe. Allein die Erfahrung hat mich schon gelehrt, überall, wo es auf richtige Theorie vom gerichtlichen Effekt natürlicher Verbindlichkeiten und dessen Einschränkung ankommt; immer in einem oder andern Betrachte eine ziemliche Strecke ungebauetes Feld anzutreffen, meine anfängliche Erwartung von der Lektur auch der besten Schrift-

steller am Ende doch getäuscht, und viele Zeit und Mühe umsonst dabei verwendet zu sehen. Keine der angeführten Abhandlungen, selbst auch nicht die, an einzelnen Fällen so reichhaltige Dissertation des Nic. Hert, enthält über die erwähnte Frage etwas befriedigendes. Die Gründe aber, woraus wir im vierten Abschnitte die Regel hergeleitet haben, daß natürlich erlaubte und verbindliche, jedoch bürgerlich **verbotene** Rechtsgeschäfte, immer nach den Gesetzen des Orts, wo sie geschlossen worden, zu beurteilen sind, finden hier keine Anwendung. Denn in jenen Fällen, kommt es darauf an, ob der Handel überhaupt Rechte und Verbindlichkeiten unter den Parteien hervorgebracht habe? welches zu bestimmen, man unstreitig auf seinen Ursprung zurückgehen, mithin nach den Gesetzen des Orts, wo er geschlossen ist, urteilen muß, in wie ferne die Parteien befugt gewesen, ihn einzugehen. In dem gegenwärtigen und nächstvorhergehenden Abschnitte hingegen kommen Fälle vor, wo der wirklich vorhandenen Verbindlichkeit ungeachtet, dem Gläubiger in verschiedener Hinsicht die gerichtliche Hülfe versagt wird. Hier ist also von positiven Gesetzen die Rede, welche den Richter anweisen, in wie ferne er Verbindlichkeiten, welche gewisse Rechtsgeschäfte in der That hervorgebracht haben, im Wege Rechtens anerkennen, und die Erfüllung derselben erzwingen dürfe. Solche positive Vorschriften aber, welche **die Rechtshülfe** der

natür-

natürlichen Zwangspflichten bestimmen, dienen nur dem Richter, dem sie wirklich erteilt sind, zur Richtschnur, und sind folglich dann nur anzuwenden, wenn wirklich bey diesem Richter geklagt wird. Andere Gerichte sind nicht verbunden, danach zu verfahren, weil die alleinige gerichtliche Unwirksamkeit das Dasein der Verbindlichkeit an sich nicht aufhebt, und folglich die leztere den völligen Effekt behaupten muß, sobald sie bei einem andern Richter, dem die Hände in Ansehung der Rechtshülfe nicht gebunden sind, urgiret wird. **Karl Ferdinand Hommel**, in dessen Schriften die Nachwelt vielleicht noch mehr, als sein Zeitalter dem philosophischen Rechtsgelehrten schätzen wird, nimmt den richtigen Grundsaz an, daß in allen Dingen, welche den Proceß, die Art des gerichtlichen Verfahrens, und die eigentliche Justizpflege betreffen, lediglich die Geseze des Forums, wo der Rechtshandel obschwebet, zu beobachten sind; und daraus leitet er die eben so richtige Folge ab, daß die Frage: ob eine Schuldklage bereits verjähret sei? eigentlich nur nach den eben gedachten Rechten zu beurteilen sei. 443) Und wir glauben nunmehro überhaupt mit Recht die Regel grundleglich zu machen, **daß in allen Fällen, wo es nur auf die gerichtliche Wirkung einer an sich vorhandenen natürlichen Verbindlichkeit ankommt; die Geseze, nicht des Orts, wo der Handel geschlossen worden,**

den, sondern des Forums, wo die Verbindlichkeit gerichtlich angeregt wird, dem Richter zur Norm dienen müssen. Um aber diese allgemeine Regel gegen alle Misdeutung und üble Applikation zu sichern, müssen wir derselben folgendes zur Bedeckung mitgeben. **Erstlich**: die Folge ist klar, daß eine Handlung, welche da, wo sie geschlossen worden, zwar nicht verboten, sondern nur **nicht klagbar ist**, an andern Orten, wo die gerichtliche Wirkung in der Masse nicht eingeschränkt worden, allerdings eine gültige Klage hervorbringe. Man hat gefragt, ob die Schuld eines Studirenden, welche die im Kredit-Edikt bestimmte Summe überschreitet, und daher beim akademischen Gerichte nicht klagbar ist, in der Folge bei andern Gerichten völlig eingeklagt werden könne? Es kommt darauf an, ob das Kredit-Edikt ein wirkliches Verbot enthalte, wodurch die Studirenden von gewissen Rechtsgeschäften völlig ausgeschlossen werden, und den Einwohnern des Orts wirklich untersagt wird, ihnen Geld zu borgen, mit ihnen auf Kredit zu handeln u. s. w. oder ob nur dem Gläubiger wegen gewisser Ansprüche die Rechtshülfe versagt sei? Im ersten Falle ist die Forderung überall ungültig, und in keinem Gerichte, weder durch Klagen noch durch Einreden zu urgiren. Im leztern Fall aber cessiret nur beim akademischen Gerichte diejenige Rechtshülfe, welche das Kredit-Edikt dem Gläubiger namentlich ent-

entzogen, weshalb der Schuldener an andern Orten gültig in Anspruch genommen werden kann. 444) **Zweitens:** der Satz, dessen wir bereits erwähnt haben, daß die Zeit der Verjährung einer Klage eigentlich nur nach den Gesetzen des Forums, wo die Forderung angebracht wird, zu bestimmen sei, ist sodann keinem Zweifel unterworfen, wenn eine Klage, welche in dem bisherigen Gerichtsstande des Schuldeners bereits verjähret worden, nach der Zeit anderswo erhoben wird, woselbst eine längere Frist erforderlich ist. Hier wird er vergeblich einwenden, daß die Schuld bereits an jenem Orte praescribiret sei. 445) Denn die Verjährung der Klage hebt keinesweges die natürliche Verbindlichkeit auf. Der Richter also, bei dem jetzt die Klage angebracht wird, ist um so mehr verbunden, den Schuldener zur Bezalung anzuhalten, weil er den gerichtlichen Effekt einer wirklich vorhandenen Verbindlichkeit nicht limitiren darf, wofern die Ordnung seines Gerichts, und die Gesetze, denen er selbst bei Verwaltung der Justiz unterworfen ist, ihm solches nicht deutlich vorschreiben. Fremde Rechte binden ihn in dieser Hinsicht nicht. **Drittens:** Ebendasselbe ist auch in dem Falle zu behaupten, wenn die Gesetze, welche eine natürlich erlaubte und verbindliche Handlung nicht verbieten, sondern derselben nur den Effektum agendi versagen, dieses annoch hinzufügen, daß die Schuld auch an andern Orten nicht klagbar sein solle.

solle. Man findet dergleichen Zusätze zuweilen in den sogenannten Kredit-Edikten für Studirende und Soldaten. Allein, wenn diese Gesetze ein wirkliches Verbot der Handlung enthalten: so ist der Zusatz überflüßig, weil das Geschäfte seiner ursprünglichen Nichtigkeit halber ohnehin nirgend klagbar ist, und der veränderte Aufenthalt des Schuldeners keine Verbindlichkeit wirken kann, die an sich wegfällt. Verordnungen aber, die den Handel an sich nicht verbieten, sondern nur im Wege Rechtens unwirksam machen, können durch dergleichen Additamente ausser den Grenzen des Landes, wo der Gesetzgeber zu befehlen hat, Niemand obligiren; noch weniger fremden Gerichten zur Norm gereichen. Vernünftiger weise kann daher die Vorschrift, daß dergleichen Schulden auch an andern Orten und in andern Gerichten nicht klagbar sein sollen, sich nur auf das Territorium des Landesherrn, von dem die Verordnung herrührt, beschränken, dergestalt, daß in seinem Lande kein Gericht, und keine Orts Obrigkeit dem Gläubiger die völlige Rechtshülfe angedeihen lassen darf —. **Viertens.** In einigen Fällen des gegenwärtigen Abschnitts haben die bürgerlichen Gesetze einer bisher völlig wirksamen Verbindlichkeit in der Folge allererst nicht blos den effectum agendi abgesprochen, sondern sogar den Richter angewiesen, den Gläubiger wegen Uebertretung der Gesetze mit dem Verluste seines Rechts an sich zu bestrafen. Diese Strafe

Strafe aber kann den Gläubiger eigentlich da nur zuerkannt werden, wo er die Gesetze beleidiget hat. Wird also die Sache bei einem Gerichte anhängig, welches diesen Gesetzen nicht unterworfen ist: So kann auch keineswegees danach gesprochen werden. Ein anderes wäre freilich, wenn der Richter jenes Orts den Gesetzen gemäß dem Gläubiger sein ganzes Recht bereits abgesprochen hätte, wodurch auf Seiten des Schuldeners alle Verbindlichkeit an sich aufhören würde; so wie überhaupt die bei Einem Gerichte schon eingetretene Rechtskraft überall ihre Wirkung behauptet. Die Gesetze, welche den Wucher mit dem Verlust des Kapitals oder eines Teils desselben behandelt wissen wollen, die Cession gegen das anastasianische Gesetz, mögen hier zur Erläuterung dienen. Die bisherigen Grundsätze sind hinreichend, unsere obige Regel von Einer Seite in das gehörige Licht zu setzen —. Allein es ist noch ein anderer Gesichtspunkt übrig, wo der Richter mit mehrerer Sorgfalt auf alle Umstände attendiren muß, um Ungerechtigkeiten zu vermeiden. Wir setzen daher den obigen Grundsätzen noch diesen hinzu. Fünftens: Wenn die Verbindlichkeit des Schuldeners, nach den Gesetzen des Orts, wo sie gewirket worden, oder wo der Debitor sein bisheriges Forum sortiret, den völligen gerichtlichen Effekt hat, die Klage aber jetzt bei einem Gerichte angebracht werden muß, wo Verbindlichkeiten dieser Art nicht völlig wirksam

sind:

sind: So ist in der Regel nur sodann nach den Rechten des leztern Orts zu verfahren, mithin dem Gläubiger die Rechtshülfe zu versagen, wenn auf seiner Seite eine Vernachlässigung dieser Rechte und der darin enthaltenen Vorschriften erweislich ist. Gesetze auf diejenigen anwenden wollen, welche keinen Beruf noch Pflicht auf sich hatten, die Gesetze zu befolgen, würde eben so viel sein, als die Ungerechtigkeit auf den höchsten Grad treiben. Ein jeder Gläubiger, der ein wirkliches Recht hat, zu dessen Erlangung ihm aber die Gerichte ihren Beistand versagen, leidet; aber nur derjenige mit Recht, welcher ein unwirksames Geschäfte selbst an dem Orte, wo es unkräftig ist, eingehet, und dem die gesetzlichen Vorschriften deshalb nicht fremde waren; dieser kann sich nicht beklagen, weil es seine Schuld war, sich in einen Handel und mit Personen einzulassen, von denen er weis, daß er auf den völligen Effekt im Wege Rechtens nicht rechnen dürfe. Wenn gleich die Gesetze ein gewisses Geschäfte nicht verbieten, sondern nur gerichtlich unwirksam erklären: So geht doch im Grunde ihre Absicht dahin, eben durch diese Vorschrift den Unterthanen einen Beweggrund und Anlaß zu geben, gewisse Geschäfte entweder gar nicht zu schliessen, oder doch mit mehrerer Vorsicht das Ihrige wahrzunehmen. Derjenige also, dem diese Gesetze bisher nicht zur Vorschrift dienen konnten, ist auch nicht füglich danach zu behandeln; und

wenn

wenn daher bei den Gerichten, wo der Schuldener jezt zu belangen ist, eine kürzere Verjährungszeit statt findet, als da, wo er bisher sein Forum gehabt hat: So kann die Dauer der Klage nicht sofort nach solcher kürzern Frist bestimmet werden. Man setze den Fall: In dem Orte A., wo die Schuld kontrahirt worden, und wo der Debitor bisher wohnhaft gewesen, sind 20 Jahre zur Verjährung erforderlich. Nach Verlauf von 10 Jahren begiebt sich der Schuldener unter die Gerichtsbarkeit zu B., wo schon 5 Jahre zur Erlöschung der Klage hinreichen, und obgleich die leztere schon im Ersten Jahre nach verändertem Gerichtsstande erhoben wird: So glaubt er doch nach den Rechten seines jetzigen Aufenthalts die Einrede der Verjährung vorschützen zu können, weil bereits über 5 Jahre verstrichen, ohne daß der Kläger mit seinen Ansprüchen hervorgegangen. Hier würde es ungerecht sein, wenn man den Kläger abweisen wollte, da er doch seinen Schuldener nicht ehender zu B. belangen, noch die dasigen Rechte beobachten konnte, als bis er wirklich der Gerichtsbarkeit dieses Orts unterworfen worden. Man lasse sich aber hiedurch nicht zu der irrigen Folge verleiten, als ob nunmehro der Fall nach den Gesetzen des Orts, wo die Schuld kontrahirt worden, zu behandeln, folglich auch der Richter zu B. erst nach 20 Jahren den Kläger abweisen könnte. Sondern es bleibt auch hier bei unserer Regel, daß

 ledig-

lediglich die Geseze des Orts, wo die Forderung in Anrege kömmt, zu befolgen; nur müssen diese Geseze ihren Gründen und Absichten nach auf den vorkommenden Fall anpassend sein. Wenn also der Gläubiger, ohne eine untadelhafte Unwissenheit der Rechte des Orts B. vorschüzen zu können, seine Klage binnen 5 Jahren, nachdem der Schuldener sich dorten niedergelassen, nicht anbringt: So steht ihm allerdings die Einrede der Verjährung entgegen, ohne weitere Rücksicht, ob die zu A. erforderliche Zeit schon abgelaufen sei oder nicht. 446)

443) C. F. HOMMEL Rhapsod. Quaest. Obs. 409. num. 10. u. 16.

444) Eisenhard Erzählung besonderer Rechtshändel, Th. 4. Num. 15.

445) So lehrt HUBER Lib. 3. de iure ciuitat. c. II. §. 34. imgleichen HOMMEL a. a. O. in den Worten: Tempus, quo actioni praescribitur, quum alibi sit breuius, alibi longius, quaeritur, an iura loci valeant, ubi contractus, exquo actio nata, celebratus, an vero ad locum iudicii respiciendum sit. Respondeo, praescriptionem inter exceptiones esse, has uero ad procedendi modum referri, nec ad valorem contractus, sed ad tempus et locum actionis instituendae pertinere. Man sehe auch SANDE lib. I. Tit. 12. Definit. 5. und *Ioh. Theoph.* SEGER de vi legum decretor. in territ. alieno, Lips. 1777. §. 10. Das Gegentheil lehren COCCEII Dissert. de fundata in territ. et plurium locor. concurr. potestate. Tit. 6. §. 8. und *Ioh. Nic.* HERTIUS Diss. de Collisione legum. Sect. IV. §. 65.

446) Nur unter diesen Einschränkungen kann ich dem Huber beipflichten, wenn er am angeführten Orte folgenden Fall bestimmet. Noster homo Frisius in Batavis agens illic mercibus minutim venditis obligatus est, quarum actioni biennio apudnos, Secus in Hollandia praescribitur. Creditor actionem post biennium in Frisia instituit, quaesitum e an pati debeat praescriptionem biennalem, quia nunc agit in Frisia; au ea sit liberandus. quum contractus e initus in Hollandia. Respondeo, praescriptioni locum esse, *quia ius eius ad actionem non ad negotium gestum pertinet.*

## §. 96.

## Einige Bemerkungen über Erklärung und Anwendung dieser Gesetze.

Bei den verschiedenen Meinungen und Widersprüchen der Ausleger, welche unvermeidlich sind, wenn die Worte des Gesetzes nicht von allen Seiten die höchstmögliche Bestimmtheit haben, sind die Parteien übel daran, wenn ihre Sache einem Richter in die Hände geräth, dem es an gewissen, richtigen, und aus der Natur einer jeden Rechtsmaterie abstrahirten Grundsätzen gebricht, um dem Labyrinthe der gelehrten Zänkereien entgehen zu können. Wem der Staat die Verwaltung der Justiz anvertrauet hat, der soll und muß billig für die Vorschrift der Gesetze eine allen Eigendünkel und Klügelei gänzlich ausschliessende Achtung haben, aber auch nicht minder für die Rechte und das

Eigenthum der Bürger und Untertanen. Diesen unter gewissen Umständen ihre Befugnisse abzusprechen, oder die Rechtsverfolgung derselben einzuschränken, ist durchaus eine Sache, die sich kein Richter erlauben darf, wenn nicht klare Vorschrift der Gesetze ihn dazu ermächtiget. Es ist also auch hier eine ungezweifelte Wahrheit, daß alle Verordnungen, deren wir in diesem und dem vorigen Abschnitte erwähnt haben, lediglich nur auf die besondere Gattung von Rechtsgeschäften, nur auf die Personen, und die besondern Verhältnisse, welche die Gesetzgeber ausdrücklich genannt haben, zu beschränken, nicht aber auf andere Gegenstände und Verhältnisse zu erweitern sind. Wo z. B. das Macedonianische Senatusconsultum als ein Gesetz gilt, da muß man lediglich bei den Worten desselben stehen bleiben, wonach es nur von Darlehnen gilt, die in baarem Gelde gemacht werden. Daher es weder auf andere Arten des Darlehns, noch auf sonstige Verträge, noch auf den Fall anzuwenden ist, wenn die Schuld ursprünglich nicht aus einer Geldanleihe herrühret; sondern nur durch Novation darin verwandelt worden. 447) Wiewol man freilich zugeben muß, daß der Gesetzgebung selbst in dieser Hinsicht manche wichtige Einwürfe entgegen stehen, wovon aber der Richter nicht sofort in der Anwendung Gebrauch machen darf. Heilsamer ist es freilich, nach Anleitung des Entwurfs eines allgemeinen Gesetzbuchs für die

Preus-

Preussischen Staaten, Th. 1. S. 172. folg. bei allen Verträgen der Kinder, die noch unter der väterlichen Gewalt stehen, die Einwilligung des Vaters zum wesentlichen Requisit der Gültigkeit zu machen: dabei aber die Kennzeichen der fortdaurenden oder aufgehobenen väterlichen Gewalt so sichtbar zu bestimmen, daß Niemand, ohne grobe Unwissenheit, sich darin irren kann, und solchergestalt auf alle Behelfe, die das römische Recht dem Gläubiger erteilet, und wodurch verschmizte Wucherer die ganze Disposition und Absicht des Gesetzgebers nur zu leicht vereiteln können, 448) gar nicht weiter zu achten. Dergleichen sind die Säze, daß das Senatusconsultum nicht statt finde, wenn der Gläubiger die Qualität seines Schuldeners nicht gewust, oder wenn der Vater schon vorhin Schulden vor den Sohn bezalet hätte u. s. w. Daß übrigens der Richter die vorkommenden Rechtsgeschäfte, Personen und Sachen nur nach den Eigenschaften und Folgen, welche die bürgerliche Verordnung als gewöhnlich dabei voraussetzet, behandeln müsse, daß die Vorschrift des Gesetzes keinen Abfall leide, wenn gleich auf Ein oder anderes Invidnum der gesetzliche Grund nicht passen sollte, daß einschränkende Verordnungen, deren Grund darauf beruhet, weil gewisse Handlungen leicht üble Folgen haben, oder gemißbraucht werden können, dadurch ihre Anwendung nicht verlieren, wenn Jemand beweisen wollte, daß in dem vorkommenden Fall kein

Mißbrauch geschehen, keine schädliche Folge zur Wirklichkeit gekommen sei, alles dieses ist oben §. 64. aus Gründen dargethan, welche zugleich deutlich ergeben, daß auch in den gegenwärtigen Materien allerdings davon Gebrauch zu machen. Gelegentlich haben wir auch schon wegen Anwendung der römischen Gesetze, welche manchen natürlich erlaubten und verbindlichen Handlungen die gerichtliche Wirksamkeit versagen, die Vorsicht empfohlen, vorzüglich in Acht zu nehmen, ob dergleichen Verordnung auf Gründen ruhe, welche bloß der römischen Verfassung eigen, oder die noch heutiges Tages fortdaurend sind. Wir haben gesehen, daß deshalb hin und wieder der heutige Gebrauch hinwegfalle, wiederum aber auch in mehreren Fällen so viel befunden, daß die Meinung des **Gerhard Gottlieb Titius**, welcher nach heutigen Rechten von blos natürlichen Verbindlichkeiten im strengsten Verstande der römischen Civilgesetze gar nichts wissen will, unstreitig zu weit gehe. Was dieser sonst einsichtsvolle Rechtslehrer im Ersten Buche seines Iur. priv. cap. II. §. 8. vorträgt, ist so seltsam, daß man es kaum der Philosophie eines **Jason** oder **Balgarus** verzeihen würde. Hodie obligatio naturalis plena; (So nennt er die natürliche Verbindlichkeit, welche zwar den völligen Effekt nicht hat, jedoch nicht ganz unwirksam ist.) rarius est, vel potius plane cessat. Nam salemne exemplum obligationis ex pacto nudo descendentis non

non occurrit, obligatio vero filii familias, quae ex mutuo asseritur, vel etiam pupilli sine tutore contrahentis Vix congruum exhibet exemplum, quum revera nulla obligatio adsit. Giebt es denn etwa ausser diesen Fällen nicht viel mehrere, wo natürliche Verbindlichkeit den gerichtlichen Effekt nicht hat? Und muß man nicht alle Grundsätze verleugnen, um behaupten zu können, daß das Darlehn eines filii familias gar keine Verbindlichkeit hervorbringe, und um dieses Darlehn mit den Geschäften eines Pupillen ohne des Vormundes Einwilligung in eine Klasse zu rangiren? Das ist doch zu arg.

447) MENCKE ad Pand. XIV. 6. 5. *Fratr.* BECMANNOR. Consil. et Decis. Tom. 1. Resp. 13.

448) Man sehe auch über die Kunstgriffe, welche gewöhnlich in fraudem Senatus consulti angewendet werden, die Beiträge zur populairen Rechtsgelahrheit, Th. 1. St. 3. N. 18.

## §. 97.

### Nachtrag allgemeiner Bemerkungen über die Kompensation wegen blos natürlicher nicht klagbarer Verbindlichkeiten.

Obgleich der Satz, daß wegen natürlicher nicht klagbarer Verbindlichkeiten die Einrede der Kompensation statt finde, in vielen Fällen, wie bereits im vorhergehenden gezeigt worden, seine

 un-

unleugbare Richtigkeit hat: So versteht es sich doch von selbst, daß der Gläubiger nur sodann davon Gebrauch machen könne, wenn an den sonstigen Erfordernissen einer rechtsgültigen Kompensation kein Mangel obwaltet. Die bekannten Regeln, daß die Bezalung einer liquiden Schuld durch keine illiquide Gegenforderung aufgehalten, eine gewisse Species nicht mit einer Quantität, eine jezt schon fällige Schuld mit einer noch nicht fälligen, keinesweges kompensiret werden können, müssen allerdings auch in dem Falle zur Anwendung kommen, wenn wegen blos natürlicher Verbindlichkeiten die Kompensation vorgeschüzet wird. Hiebei aber entstehet nun die wichtige Frage: ob der Gläubiger, wenn aus erwähnten Gründen seine Einrede der Kompensation verworfen, und er seiner Seits zur Bezalung verurteilet worden, nicht berechtiget sei, die sonst nicht klagbare Verbindlichkeit, per modum actionis geltend zu machen? z. B. Titius hat als filius familias von mir 100 Rthlr. als ein Darlehn empfangen. Ich bin ihm in der Folge auch 100 Rthlr. schuldig geworden. Als er mich der leztern wegen belangt: So schüze ich zwar die Kompensation vor; allein weil seine Forderung ganz liquide, die meinige hingegen es nicht ist: So werde ich zur sofortigen Zalung angewiesen. Darf ich nunmehro erwarten, zum völligen Beweis meiner Anleihe admittirt zu werden, und demnächst die 100 Rthlr., welche ich bezalet, wie-

wiederfordern? L. 30. und 51. D. de cond. ind. scheinen mir entgegen zu stehen. Dort heißt es: Qui inuicem creditor, idemque debitor est, in hiscasibus, in quibus compensatio locum non habet, si soluit, non habet condictionem, veluti indebiti soluti, *sed sui crediti petitionem*. Das leztere sezt aber zum Voraus, daß sein creditum klagbar sein müsse, welches hier aber wegen des S. C. maced. der Fall nicht ist. Die zweite Stelle sagt: Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repetere non possumus. Alles kommt hier wol, um die Sache in Allgemeinen genau zu fassen, darauf an, daß man die verschiedenen Ursachen, derentwegen die Kompensation verwerflich seyn kann, sorgfältig von einander unterscheide. Ist sie ihrer Natur nach darum schon unzulässig, weil die Forderung und Gegenforderung an sich nicht kompensabel sind; wenn etwa nicht idem creditum et debitum vorhanden, oder die eine Schuld jezt schon fällig ist, die andere aber noch nicht; und nun der Gläubiger bezalen muß, so kann er freilich in der Folge wegen der Geldschuld, womit ihm der Filius Familias verhaftet ist, keine Ansprache machen. Denn da die Kompensation hier gar nicht eintritt, folglich die Verbindlichkeit, welche der Gläubiger seiner Seits auf sich hat, dadurch nicht gehoben wird: So kann auch nicht gesagt werden, daß er etwas indebite bezalet habe; und

mithin würde ihm nichts weiter übrig bleiben, als sein eigenes Kreditum mittelst einer Klage zu verfolgen. So entscheidet cit. L. 30. die Sache richtig. Nun fällt aber vermöge des S. C. Maced. das Recht zu klagen hinweg; und er kann daher nichts fordern. Ganz anders aber verhält sich die Sache, wenn die Kompensation, ob sie gleich an sich wirklich eingetreten ist, dennoch nur darum vom Richter nicht anerkannt wird, weil die Gegenforderung aus der Geldanleihe während der väterlichen Gewalt nicht liquid ist. Kann hier der Gläubiger seine Gegenforderung in der Folge zulänglich beweisen, so müssen ihm die bekannten Effekte der Kompensation in ihrem ganzen Umfange allerdings zu statten kommen. Vermöge derselben war an sich die Forderung, welche der Filius Familias einklagte, schon zur Zeit der Klage und der darauf geschehenen Zalung ipso iure nach Verhältnis der Geldanleihe gehoben. Was also der Gläubiger wegen fehlenden Beweises bezalen müssen, das hat er wirklich indebite gezalt, und der Gegentheil besizt es sine causa. Hätte dieser die Geldschuld eingestanden, so würde die Wirkung der Kompensation sogleich eingetreten sein; durch das widerrechtliche leugnen vor Gericht kann er sich aber nicht bereichern; folglich liegt ihm die Zurückgabe des empfangenen ob. Gegen diese kann er das S. C. Mac. nicht vorschützen, weil der Gläubiger nunmehro nicht aus der Geldanleihe selbst klagt,

son=

sondern condictio sine causa die Zalung der Nichtschuld repetirt: Hier sind auch die angeführten Gesetze nicht entgegen, weil L. 30. de condict. ind. den Fall voraus setzt, da die Kompensation ihrer Natur nach an sich schon ganz cessiret, folglich wegen nicht aufgehobener Forderung und Gegenforderung, der Gläubiger sein Kreditum selbst einklagen muß; hier aber ist die Kompensation an sich betrachtet wirklich geschehen, und der Gläubiger einstweilen nur wegen mangelnden Beweises zur Zalung angehalten. L. 51. ebendas. redet keinesweges von solchen Zalungen, welche man unfreiwillig auf Befehl des Richters leisten muß; und ist daher nach aller Analogie der Rechte nur von dem Falle zu verstehen, wenn jemand freiwillig etwas weggegeben, was er hätte retiniren können. Nach diesen Grundsätzen ist überall zu verfahren, wenn von der Kompensation natürlicher nicht klagbarer Verbindlichkeiten die Rede ist.

# Siebenter Abschnitt.

## Von natürlichen Liebespflichten, welche durch positive Gesetze die Wirkung einer Zwangspflicht erhalten haben.

### § 98.

### Einleitung.

Von Privat-Dispositionen, Verträgen, Vermächtnissen u. s. w. wodurch Liebespflicht in Zwangspflicht übergehen kann, 449) habe ich hier nicht zu handeln, sondern ich betrachte diesen Gegenstand als Wirkung der positiven Gesetze, welche hin und wieder dasjenige, was an sich nur unerzwingliche Pflicht der Menschenliebe seyn würde, als wirkliche Zwangspflicht behandelt wissen wollen. Daß dieses nur unter gewissen Umständen, und in sehr bestimmten Fällen geschehen könne, versteht sich von selbst, weil bei Pflichten dieser Art zu viel von individuellen Verhältnissen abhängt, weil es meistens unmöglich seyn würde, die besondern Umstände auszumitteln, worauf hier alles ankommt, und weil der Gesetzgeber sonst die Freiheit des Bürgers zu sehr beeinträchtigen würde. Wenn aber dennoch **Ulpian** die ganze Summe aller gesetzlichen Vorschriften auf folgende Hauptregeln zurückführet: honeste uiuere, neminem laedere,

dere, suum cuique tribuere: 450) So war es schon manchem Ausleger ein Aergernis, das honeste uiuere als einen Gegenstand des Zwangrechts aufgeführt zu finden. Gebauer hält dafür, daß Ulpian kürzer fortkommen können, und das einzige: Neminem laede schon genügt haben würde. 451) Wer aber weis, was die Alten unter den praeceptis einer Wissenschaft verstanden, dem wird es einleuchten, daß die Absicht des römischen Juristen nur gewesen, uns die Hauptgründe zu bezeichnen, worauf am Ende die ganze bürgerliche Legislation beruhet; und da möchte Gebauer mit dem einzigen Satze: beleidige Niemand, wol zu kurz kommen. Denn allerdings giebt es Civilgesetze, die nicht hierauf, sondern lediglich auf das Decorum beruhen. Selbst die Erklärung Hubers: Non modo est regula vitae, sed etiam indicat propositum iuris conditorum, quod nihil in arte bonis moribus adversum tradere velint, unde rerum inhonestarum nulla obligatio, facultas etc. 452) erschöpft die Sache nicht ganz, denn nicht genug, daß die Gesetze nichts gegen das Decorum enthalten; sie wollen es auch hin und wieder zur Ausübung gebracht wissen, und so soll der Satz, honeste vivere, eigentlich so viel andeuten, daß ein Theil der Civilgesetze in den Regeln des Anständigen gegründet sei. Dahin gehören denn nun vorzüglich die Vorschriften, wonach in gewissen Fällen dasjenige, was an sich Liebespflicht sein wür-

würde, als wirkliche Zwangspflicht behandelt werden soll. 453)

449) *Dan.* NETTELBLADT System. element. iurispr. general. §. 287. Moses Mendelssohn leitet überhaupt die verbindende Kraft der Verträge daraus ab, weil durch sie Liebespflicht in Zwangspflicht verwandelt werde. Dem ist nun freilich nicht immer so; Man sehe **Garve** in seinen philosophischen Anmerkungen zu des Cicero Werk von den Pflichten, Th. 1. und 2. Seite 95. welcher jedoch einen andern Grund der Verbindlichkeit aus Verträgen aufstellet, den eine genauere Prüfung eben so wenig zutreffend befinden dürfte.

450) L. 10. §. 1. D. de iustit. et iure.

451) GEBAUER ord. instit. Lib. 1. Tit. 1.

452) HUBER Praelect. ad Instit. Lib. 1. Tit. 1. §. 8.

453) Zur nähern Erläuterung dieser Materie dienen folgende Schriften: *Ioh. Tob.* RICHTER de obligatione imperfecta ex honestate, iuris civilis auctoritate perfecta. Lips. 1751. *Christ. Henr.* BREUNING de civili obligatione et actione ex praeceptis humanitatis. Lips. 1768. *Ant.* SCHULTING de augusta hominis innocentia ad legem boni in dessen commentatt. academ. Tom. 2. p. 213 *Ioh. Sam.* STRYCK *de iure liciti sed non honesti.* Halae 1733. *Ioh. Paul* KRESS Diss. *Ius summum, Summa iniuria.* *Christ. Friedr.* SCHOTT Dissert. an iustum esse possit, quod non est honestum. Tub. 1756. in seinen Dissertatt. iur. natural. Tom. 1. p. 182. *Henricus de* COCCEII Diss. *de antidoris* in Exercitatt. curios. Vol. 2. p. 859.

## §. 99.

### Einzelne Fälle zur vorläufigen Erläuterung dieser Materie.

Es gehöret nicht in den Plan der gegenwärtigen Schrift, diesen in der Wissenschaft der Gesetzgebung überaus wichtigen Gegenstand von der Seite, wie die Legislation ihn eigentlich behandeln sollte, weiter zu verfolgen. Denn so ist es nicht zu leugnen, daß unsere bürgerlichen Gesetze in diesem Betrachte noch hin und wieder einige Ergänzung leiden, und daß es sehr zu wünschen wäre, wenn manche Dinge, die an sich freilich zu den sogenannten unvollkommenen Verbindlichkeiten gehören, durch positive Vorschriften, durch versicherte Belohnungen, oder angedrohete Nachtheile mehr eingeschärft, und ein stärkerer Antrieb zur Erfüllung solcher, auf das gemeine Wol den wichtigsten Einflus habenden Pflichten gegeben würde. Ich habe aber nur dasjenige, was die Civilgesetze hierüber wirklich enthalten, etwas näher zu erläutern, die positiven Vorschriften so zu nehmen, wie sie sind, und meine vorzüglichste Absicht ist, die Misbräuche und Irrtümer, welche sich in dieser Hinsicht in die Schule der Rechtsgelehrten, und von da in die Gerichte eingeschlichen, etwas näher ins Licht zu setzen. Nicht immer haben die Gesetze, wenn sie Pflichten der Menschenliebe als eigentliche Schuldigkeit vorschreiben, sofort klagbare Verbindlichkeiten daraus formiret, sondern hin

und wieder wegen des an sich unvollkommenen Rechts, nur eine Einrede gestattet. So z. B. erlaubt das römische Recht zwar nicht, den Freigelassenen durch gerichtliche Klagen zu zwingen, daß er seinem Patron gewisse Dienste leisten müsse, sondern sie verordnen nur, daß die Pflichten der Dankbarkeit an sich die Forderung einer Remuneration der wirklich geleisteten Dienste ausschliessen solle, gesetzt auch, daß sie nicht in der Absicht, um eine edle Pflicht zu erfüllen, geleistet wären, sondern ein Irrtum dabei obgewaltet hätte, 455) welcher sonst in andern Fällen die condictionem indebiti zulässig gemacht haben würde. Eben dieses finden wir auch 2) bei dem Brautschatze, welchen eine Person von ihrer Mutter, Grosmutter, oder andern nahen Verwandten wirklich erhalten hat. Denn ob sie gleich vorher nicht hätte darauf klagen können: So soll doch die Liebespflicht an sich hier die Wirkung haben, daß wann auch das Heirathsgut nicht in der Absicht, um eine unerzwingliche Tugend auszuüben, sondern, aus irriger Meinung, daß man perfecte dazu schuldig gewesen, entrichtet worden, dennoch das Gegebene als Nichtschuld keineswegs zurückgefordert werden dürfe. 456) Wenn 3) gesetzliche Vorschrift, 457) oder auch in besondern Fällen der Indult des Landesherrn dem Schuldener, da er seine Gläubiger nicht sofort mit baarem Gelde befriedigen kann, eine Nachsicht bewilliget. Wenn 4) der Donatarius von dem

Schul-

Schuldener keine Verzugszinsen fordern darf: 458) So liegt es hier ohnehin in der Natur der Sache, daß dadurch nur eine Einrede gegen den klagenden Gläubiger bewirket wird. In andern Fällen finden wir nun freilich, daß Liebespflicht an sich als klagbare Schuldigkeit vorgeschrieben worden, zum Beispiele 5) daß der Vater, ja in gewissen ganz besondern Fällen auch die Mutter der heirathenden Tochter einen Brautschatz mitgeben müsse, 459) 6) Daß die Kinder ihre verarmten Eltern, und diese jene zu ernähren schuldig, 460) welches leztere nach natürlichen Zwangspflichten mit der Erziehung aufhöret, nach bürgerlichen Rechten aber fortdauret.

455) SCHULTING de obligatione naturali, Cap. 6.

456) *L. 52. §. 1. De de cond. indeb.* SCHULTING c. l. pag. 18. in fin. COCCEII lib. 12. iur. controv. Tit. 6. Qu. 5.

457) *L. 31. D. de re iud.*

458) *L. 22 D. de donationibus* Eum, qui donationis causa pecuniam, vel quid aliud promisit, de mora solutionis pecuniae usuras non debere summae aequitatis est; maxime, quum in bonae fidei contractibus donationis species non deputatur. Ob dies bei uns auch gelte? Man hat die Frage verneinen wollen, weil der Grund, welcher nach römischen Rechten die Zinsenforderung verwerflich gemacht, --- *quum in bonae fidei contractibus donationis species non deputetur* --- in Teutschland nicht statt findet. *Gottl. Euseb.* OELZE Tract. An et quatenus usurae ex mora

a quantitatis donatore exigi possint, secundum ius romanum et hodiernum in Germania. Ienae 1768. Damit fällt aber der zweite Grund keinesweges hinweg, welchen das Gesetz ausdrücklich anführet, --- Summae aequitatis hoc est, freilich an sich nur Liebespflicht, die aber durch gesetzliche Vorschrift allerdings in Zwangspflicht übergehet. Man sehe auch PUFENDORF Tom. II. Obs. 73.

459) L. 19. D. de ritu nuptiarum L. fin. C. de dot. prom. SCHULTING c. l. c. 7. daß auch bei uns der Vater dazu verbunden sei, hat HOMBERGEK ZU VACH in seiner bekannten Dissert. de obligatione patris ad constituendum dotem etc. ausser allen Zweifel gesetzet. Was in Ansehung der Mutter Rechtens sei, bestimmt L. 14. c. de iure dotium, welches Gesetz mit mehrern erläutert VINNIUS select. Quaest. Lib. 2. Cap. 14. p. m. 442.

460) SHULTING *de obligat. naturali.* Cap. 7. GROTIUS *de iure belli et pacis.* Lib. 2. c. 7. §. 4.

## §. 100.

## Nähere Bestimmung des gerichtlichen Zwangrechts in Fällen dieser Art.

Es verlohnt sich kaum der Mühe, die Frage zu berühren, ob dasjenige, was an sich Liebespflicht sein würde, nachdem es einmal durch bürgerliche Gesetze würklich vorgeschrieben worden, als Zwangspflicht zu behandeln sei, oder ob es doch nur eine unerzwingliche Verbindlichkeit bleibe? Tobias Richter hat darüber in seiner

seiner angeführten Dissertation eine umständliche Untersuchung angestellet, deren Resultat dahin gehet, daß durch die Vorschrift des Gesetzgebers die Sache in das Gebiet des Zwangsrechts übergehe —. Quis unquam dubitauit! Es versteht sich von selbst, daß in den Fällen ein anderes zu behaupten sei, wo die Civilgesetze eine Liebespflicht nur **als solche** in Anrege bringen, nicht aber befehlsweise vorschreiben, wovon wir unter andern in L. 1. §. 3. D. de peric. et comm. rei, vend. und L. 12. D. de administr. tutor. Beispiele antreffen. Wenn aber dergleichen mehr anrathende und empfehlende Bestimmung in den Gesetzen nicht angetroffen wird: So ist billig anzunehmen, daß der Gesetzgeber durch seine Vorschriften perfecte zu verbinden die Absicht gehabt habe. Inzwischen leitet uns selbst die Natur der Sache, und die innere Beschaffenheit der gegenwärtigen Materie hiebei auf folgende Grundsätze, welche die Gerichte billig nie ausser Acht zu lassen haben. I.) Was an sich nur Liebespflicht sein würde, gehört lediglich in den besondern Fällen, welche die Gesetze ausdrücklich genannt haben, vor das äussere Forum; in allen übrigen Fällen darf der Richter die Gränzen nicht überschreiten, welche der römische Rechtsgelehrte **Paullus** ihm vorzeichnet: Etsi honeste, ex liberalitate tamen fit, quae servanda arbitrio est, L. 12. §. 3. D. de administr. et peric. tutor. Ich sage aber mit Fleis: was an sich

nur Liebespflicht sein würde; denn II.) irrig wäre es, wenn man verlangen wollte, daß in allen den einzelnen Fällen, wo dergleichen positive Vorschriften anzuwenden sind, auch immer eine der sogenannten unvollkommenen Verbindlichkeiten wirklich vorhanden sein müsse, folglich derjenige von Erfüllung der bürgerlichen Legislation sich dispensiren dürfe, welcher zeigen wollte, daß er seiner Seits an sich auch nicht imperfecte zu dem gehalten sei, was die Civilgesetze ihm auflegen. Dieses gehörig nach allen individuellen Verhältnissen auszumitteln, würde einenteils in unzähligen Fällen fast unmöglich sein, und da anderntheils der bürgerliche Gesetzgeber nicht allein und zunächst darum, weil dieses oder jenes an sich schon Liebespflicht ist, solches den Untertanen vorschreibt, sondern weil das allgemeine Wol erfordert, daß einer dem andern in vorgedachten Fällen behülflich werde: So ist auch seinen Vorschriften im Ganzen nachzuleben, ohne auf die wirkliche Liebespflicht in bestimmten Vorfällen weiter Rücksicht zu nehmen, es wäre denn, daß die Gesetze selbst dergleichen Ausnahmen geordnet hätten. z. B. Daß jemand aus gewissen Ursachen seine Notherben von der künftigen Succession gänzlich ausschliessen könne u. d. m. III.) Inzwischen versteht es sich von selbst, daß bei Anwendung der bürgerlichen Gesetze, welche uns Verbindlichkeiten auflegen, die an sich zu den nicht erzwinglichen gehören, allemal auf die Verhältnisse, welche die

die Legislation im Allgemeinen dabei voraussezet, insbesondere aber auf die Art der Wirkung, welche solchen Verbindlichkeiten ausdrücklich beigelegt ist, genaue Rücksicht genommen, die ganze Rechtshülfe darauf beschränkt, und keine weitere Ausdehnung gestattet werden müsse. Es haben daher diejenigen nicht unrecht, welche behaupten, daß der Vater nicht schuldig sei, der Tochter aus seinem Vermögen einen Brautschatz mitzugeben, wenn jene zulängliche eigene Mittel besitzet. 462) Eben daher fliest auch von selbst, daß in Fällen, wo die Geseße nach Anleitung des vorhergehenden §. nur eine Einrede wegen Verbindlichkeiten dieser Art gestattet haben, der gerichtliche Effekt ohne Ungerechtigkeit nicht weiter extendirt werden dürfe, und daß Liebespflichten an sich nur in sofern die Kraft einer Zwangspflicht überkommen können, als der bürgerliche Gesetzgeber solches ausdrücklich geordnet hat. Ich vermuthe wol, daß mancher Leser die bisherigen Anmerkungen eben um der auffallenden Evidenz willen, vielleicht gar überflüßig finden möchte. Allein eine Menge Unrichtigkeiten, welche hin und wieder noch ihre Anhänger finden, und wovon der folgende §. die Beispiele zeigen wird, ergeben es nur zu deutlich, daß man jene Grundsätze gerade in den Streitigkeiten, welche sofort ihre Entscheidung daraus hernehmen, fast gänzlich ausser Acht gelassen hat, und daß mithin eine nähere Anrege derselben nicht überflüssig sei.

461) *Car. Frid.* WALCH *introd. in controvers. iur. civ.* Sect. 1. Cap. 2. M. 1. §. 13.

## §. 101.

## Kurze Widerlegung verschiedener Irrtümer.

Zu den Misbräuchen und Irrtümern, welche nach und nach in dieser Hinsicht eingeschlichen sind, hat ein höchstseltsamer Gebrauch von den Lehren des Christenthums in gerichtlichen Streitigkeiten, vorzüglich aber auch die Misdeutung einiger Stellen in unsern Rechtsbüchern Anlaß gegeben. Wem ist z. B. unbekannt 1) daß sogar angesehene Rechtslehrer die Injurien-Klagen für unrecht und verwerflich gehalten, weil sie mit den Grundsätzen der Moral und Menschenliebe, welche Jesus gepredigt, im Widerspruch stünden. 462) Solchergestalt sind auch die römischen Gesetze, 463) welche im Allgemeinen den Richter auf Billigkeit verweisen, jedoch unter dem Worte aequitas wirklich die Vorschriften des natürlichen Zwangsrechts verstehen, dennoch dahin gemisdeutet werden, daß man am Ende gar, unter Vorschub des Christenthums, bei gänzlich fehlenden vollkommenen Ansprüchen dennoch die sogenannte implorationem iudicis ecclesiastici ad evitandum peccatum zu gestatten pflegte. 464) Ein Misbrauch, welcher sich dergestalt verbreitet hatte, daß mehrere Gelehrte es der Mühe

werth

werth gefunden, sich mit einer umständlichen Widerlegung desselben zu beschäftigen. 465) Wenn nun gleich dieser Irrtum sich überhaupt in der Anwendung merklich verlohren, ja in protestantischen Gerichten als allgemeiner Grundsatz gänzlich aufgehöret hat: So findet man doch in mancher besondern Hinsicht noch immer fortdaurende ähnliche Unrichtigkeiten und Misbräuche des richterlichen Amts. Dahin gehöret 3) der Satz, welchen auch die neuesten Lehrbücher noch aufnehmen, daß obgleich die sogenannte unvollkommene Verbindlichkeit nicht durch Klagen urgiret werden könne, dennoch die vorhandene Liebespflicht an sich die condictionem indebiti eben so, wie die Zwangspflicht hindere, 466) da doch die Gesetze selbst dieses nur in einigen besondern Fällen bestimmt haben, woraus man keine Regel fürs Allgemeine machen sollte. Ich habe indessen diesen Punkt bereits oben §. 49. wie auch in einer daselbst angeführten besondern Schrift mit mehrern erläutert, weshalb ich mich hier einer Wiederholung überheben kann. Es ist ferner ein Fehler, dessen sich die Ausleger des römischen Rechts sehr ofte schuldig machen, daß sie die in dem Titul de regulis iuris vorkommende Rechtsprincipien als eigentliche gesetzliche Vorschriften, denen durchgängig nachgelebt werden müsse, behandeln, und nach Maasgabe des Wortverstandes eine ganz allgemeine Anwendung davon machen, wobei offenbar die Sache aus einem ganz falschen Gesichtspunkte

angesehen wird. Denn wenn man mit Hülfe der Inscription die einzelnen Stellen des Titels da betrachtet, wo sie im Zusammenhange stehen: So findet man, daß sie eigentlich nur Rechtsprincipien enthalten, worauf diese oder jene einzelne Anordnung des römischen Rechts, diese oder jene einzelne Lehre eines Juristen gestützet wird. Folglich hat der ganze Titel: de diversis regulis iuris antiqui, nach Absicht der Compilatoren des römischen Gesetzbuchs, lediglich nur einen Nachtrag der Gründe enthalten sollen, woraus das System der ältern Jurisprudenz, und alles was davon aus den Werken der Rechtsgelehrten in die Pandekten aufgenommen worden, seine Erläuterung erhalten kann. Jede einzelne Stelle enthält nun dergleichen Rechtsprincipium, beziehet sich aber lediglich auf eine oder die andere besondere Anordnung und Rechtslehre, welches durch hermeneutische Hülfsmittel ins Reine zu bringen ist, woraus denn sofort erhellet, in wie ferne davon Gebrauch zu machen. Wenn daher 4) L. 183. de reg. iur. gesagt wird: Etsi nil facile mutandum est ex solemnibus, tamen ubi aequitas evidens possit subueniendum est: So ist es gewis eben so unschicklich, wenn diese Stelle dahin gemisbraucht wird, um unerzwingliche Pflichten der Menschenliebe ohne weitere besondere Vorschrift der positiven Gesetze für das äussere Forum zu ziehen, als es widerrechtlich ist, vermöge gedachter Regel die Beobachtung der Te-

staments-Feierlichkeiten in mehrern Fällen nachzulassen, als die Gesetze selbst ausdrücklich genannt haben. Denn der ganze Zusammenhang jener Worte des Marcellus in L. 7. D. de in integr. restit, zeigt es deutlich, daß sie eigentlich nur den Grund bezeichnen, weshalb denen, die ihrer Abwesenheit wegen die Form des Processes nicht gehörig beobachten können, eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand angedeien soll, woraus also das Unschickliche der weitern Applikation von selbst erhellet. Noch weniger ist nun 5) auf solche sogenannte Rechtsregeln zu achten, die man gar nicht einmal in den Gesetzen selbst antrift, sondern welche nur von den Auslegern bei Gelegenheit gewisser einzelnen Vorschriften aufgestellet sind. Dahin gehört vorzüglich das bekannte: Quod tibi non nocet alteri vero prodest, ad id poteris compelli. Die Gesetze disponiren dies eigentlich nicht. Was sie wirklich enthalten, und woraus endlich der erwähnte Satz gebildet worden, sind folgende Worte des Paullus L. 2. §. 5. D. de aqua et aqua pluv. arcend. „Opinor utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum si velim aggerem restituere in agro eius, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nil nociturus est. Haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamur.„ Den besondern Fall aber, worauf sich dieses eigentlich beziehet, ergeben die Anfangsworte der gedachten Stelle noch ge-

nauer: Aggerem, qui infundo vicini erat, vis aquae deiecit, perquod effectum est, ut aqua *mihi noveret*. Wer siehet also nicht daß die obige Regel, so wie sie gewöhnlich lautet, an gedachter Stelle gar nicht vorgetragen wird. Es soll der Nachbar berechtigt sein, auf meinem Lande einen Damm wieder herzustellen, weil mir dieses ganz unschädlich ist, hingegen es ihm zum Nachtheil gereichen würde, wenn die Herstellung unterbliebe, die Worte: prodesse potest, deuten daher in natürlicher Verbindung mit den vorhergehenden darauf, daß wirklicher Nachtheil durch gewisse Unternehmungen auf fremden Grund und Boden abgewendet werden soll. Nicht aber wird der Nachbar berechtiget, blos zu seinem Vortheile sich des Meinigen zu bedienen, gesetzt auch, daß ich in der That nicht den mindesten Schaden davon hätte. Der gewöhnliche Satz, quod tibi non nocet alteri vero prodest; ad id poteris compelli, so wie man ihn ausser jenen Zusammenhang vorbringt, führt natürlich zu Misbräuchen und Eingriffen in die Freiheit und Rechte des Privateigenthums, welche die Gesetze selbst doch gar nicht gestatten. Ferner hermonirt auch diese Fassung der Regel mit ihrer Quelle darum nicht, da der Eigenthümer in dem Seinigen etwas zulassen soll, nicht aber schuldig erklärt wird, dasjenige, was ihm unschädlich ist, einem andern zu leisten; folglich ist der allgemeine Zusatz: ad id poteris compelli, wiederum zu will-

willkührlich von den Auslegern beigefügt, und dem Sinne nicht genau genug angemessen. Folgende Worte des Georg Beyer 467) verdienen hier angemerkt zu werden: Quantus sit abusus Legis 2. §. 5. de aqua et aqua pluv. praesertim apudeos, qui humaniora iuris alto supercilio despiciunt, dici vix potest. Generalem inde exsculpunt regulam, quod tibi non nocet, , alteri vero prodest, ad id poteris compelli, Vnde quoties thesis reperitur, aequitate quadam suffulta, quin et saepe in eorum cerebro erta, eam auctoritate huius regulae muniunt. Concedo te posse compelli ad *patiendum*, si quid agam, quod mihi prodest, et tibi non nocet, de quo casu dicta lex 2. loquitur. Nego te posse compelli *ad faciendum* aliquid. Id enim si admitteretur, corrueret tota doctrina de differentiis iuris perfecti et imperfecti, et quilibet ad res meas ipsi commodandas contra rationem iuris civilis auctoritatae iudiciali me cogeret. quum tamen ipsa lex citata diserte dicat, neminem cogi posse ut vicino prosit, sed ne noceuat. Praestaret itaque hanc legem quae ad materiam tituli ad Exhibendum plane non pertinet, ex eodem et aliis titulis plane expungere, quum verus sensus sit: *Nemo me probibere potest, quominus in meo faciam, quod mibi prodest et ipsi non nocet, sed id pati omnino tenetur.* Soll nun statt der bisherigen Regel eine

eine andere in der Eigenschaft einer allgemeinen Vorschrift eintreten: So ist freilich die Abänderung, welche Beyer am Ende anräth, schicklicher; aber ich sehe nicht ein, wie er dies verum Sensum citatae legis 2. nennen konnte; denn leztere redet ja ausdrücklich von dem, was Jemand auf fremden Grund und Boden, nicht aber auf dem Seinigen zu unternehmen befugt sei. Und auch da läst sich nicht behaupten, daß der Eigenthümer **allemal** schuldig sei, zu **leiden**, was ihm nicht schadet, und einem andern nuzet, sondern es beschränkt sich alles auf die besondern Fälle, wo die Gesetze es namentlich vorgeschrieben haben, und in diesen besondern Fällen ist der gedachte Grundsaz: ratio legis, mit nichten aber eine allgemeine Vorschrift —. Dies mag in Rücksicht der Hauptquellen, woraus so viele einzelne Irrtümer von Zeit zu Zeit veranlasset sind, genügen. Zum Beschlus noch einige specielle Beispiele.

462) Man sehe deshalb J. C. **Schmidt** praktisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 1253.

463) L. 4. §. 1. D. de eo, quod certo loco. L. 90. L. 183. D. de Reg. iur. L. 8. C. de iudiciis.

464) *Frid. Alexand.* KÜNHOLD de imploratione officii iudicis actionum forensium vicario. Lipſ. 1720.

465) *Iust. Henning*, BOEHMER Iur. eccleſ. proteſtant. Lib. 1. Tit. 32. *Henr.* WAGNER Meditat. ad Boehmeri doctrin. de action. Sect. 1. Cap. 2. §. 29.

466) HELLFELD iurispr. forens. §. 829.

467) Georg BEYER Exercitationes thematum ex vario iure selectorum. Lips. 1703. exercit. 1. §. 4.

## §. 102.

## Fortsetzung.

Man hat gefragt: ob ein gemieteter Dienstbote, den seine Krankheit behindert, die schuldigen Dienste zu leisten, dennoch den völligen Lohn zu fordern berechtiget? Einer jeden nicht lange daurenden Behinderung wegen, sogleich den Lohn zu kürzen, würde freilich sehr hart, und selbst den Rechten zuwider sein. 468) Die Frage betrift eigentlich den Fall, wenn die Krankheit des Bedienten so anhaltend ist, daß der Herr eine beträchtliche Zeit hindurch, oder gänzlich der Dienste entbehren müssen. **Leyser** 469) hält dafür, daß der Bediente auch dann den völligen Lohn fordern könne. **Struben** 470) hat ihn aber gründlich widerlegt. Geseze, die der Meinung des Leysers beipflichten, giebt es nicht, wie sein angeführter Gegner deutlich gezeigt hat; das natürliche Zwangrecht ist aber der Forderung des Bedienten unstreitig entgegen; 471) und es bleibt daher höchstens nur eine Liebespflicht in Ansehung des Dienstherrn übrig, wobei aber einenteils folgende Bemerkung des Struben sehr richtig ist: „Nicht selten beschweret es den Herrn mehr, doppelten „Lohn zu geben, als den Dienstboten, dessen auf „einige

„einige Zeit zu entbehren. Mancher Bürger „und Bauer, dem es sauer fällt, seinen Lebens„unterhalt zu erwerben, kann eines Knechts „oder einer Magd nicht entrathen, aber keine „zwei ernähren; dahingegen die kranken Dienst„boten vielfältig von ihren Eltern eben so leicht „erhalten werden können, welche mehr verpflich„tet sind, sich ihrer anzunehmen, als der Brodt„herr.„ Anderntheils aber entscheidet sich, nach Anleitung unserer obigen Grundsäße, der ganze Streit dadurch von selbst, daß die völlige Bezalung des Lohns, weil sie doch immer nur auf eine Liebespflicht hinausgehen würde, durch richterliche Hülfe ohne Beistand klarer Geseße nicht zu erzwingen sei. 472) — 2) Man ist ferner darüber uneinig, ob Brüder und Schwestern einander zu alimentiren schuldig sind? Die gewöhnliche Meinung ist noch immer dafür, diese Verbindlichkeit zu bejahen; wiewol von einigen das Gegentheil behauptet wird. 473) Ohne Zweifel verdienet das leztere den Vorzug. Denn angenommen, daß keine natürliche Zwangspflicht zu einer solchen Alimentation vorhanden sei, und folglich die erwähnte Verbindlichkeit lediglich eine an sich unerzwingliche Pflicht der Menschenliebe sein würde: so folgt ja von selbst, daß diese nur in soferne in eine vollkommene und erzwingbare Schuldigkeit übergehen könne, als die bürgerlichen Geseße es ausdrücklich verordnet haben. Die Stellen nun, woraus die gemeine Meinung solches herleiten will,

gehö-

gehören teils gar nicht hieher; 474) teils aber bezielen sie blos die Frage: ob ein Vormund in gewissen Verhältnissen den Geschwistern seines Pupillen diese Liebespflicht zu erzeigen habe? 475) welches aus besondern Gründen bejahend entschieden wird; denn da der Pupill selbst noch nicht über das Seinige disponiren kann: So ist es nicht unbillig, dem Vormunde die Erfüllung solcher Pflichten besorgen zu lassen, wovon zu vermuthen ist, daß der Pupill, wenn er die Verwaltung des Seinigen selbst hätte, sich denselben nicht entziehen werde. Man findet es unbillig, die Geschwister darum Noth leiden zu lassen, weil derjenige, der ihnen zu Hülfe kommen könnte, und billiger Vermuthung nach auch helfen würde, nicht im Stande ist, über das Seinige zu disponiren. Ganz anders aber verhält sich die Sache, wenn die Erfüllung dieser Liebespflicht von dem verweigert wird, der die alleinige Disposition über das Seinige schon selbst hat. Ich gebe es gerne zu, daß Gesetze, welche richterlichen Zwang gegen ihm gestatteten, nicht ungerecht sein würden; aber darf es ohne solche Gesetze auch der Richter thun? das ist es, was ich nach obigen Grundsätzen mit Recht zu verneinen glaube. 3) Ob es gleich in einigen Fällen sehr löblich, ja nach Verhältnis der Personen und Umstände Liebespflicht eines gewissenhaften Erben sein kann, den lezten Willen des Verstorbenen ganz zu erfüllen, ohne von den bürgerlichen Gesetzen, wonach

de

derselbe entweder ganz oder zum Teil nicht bestehen würde, Gebrauch zu machen: So ist doch nicht abzusehen, wie man hat behaupten können, daß jeder Erbe dazu in seinen Gewissen verbunden sei, 476) da doch das Ansehen und die verbindende Kraft eines bürgerlichen Instituts an sich nicht weiter gehen kann, als es die Gesetze selbst verordnet haben, und wenn etwa ja das Verhältnis zwischen dem Erblasser, dem Erben, und dem, der in der ungültigen Disposition bedacht worden, hin und wieder eine Gewissenspflicht der Dankbarkeit und Menschenliebe zur Erfüllung des lezten Willens begründen sollte: So beruhet doch dieses alles zu sehr auf individuelle Relationen, auf die Vermögensumstände, die Bedürfnisse und gegenseitiges Betragen der Parteien, daß sich, selbst was die Liebespflicht an sich betrift, im Allgemeinen nichts gewisses bestimmen läst. Kein Gesetz aber hat die Gerichte angewiesen, darauf Rücksicht zu nehmen, ja sie gestatten sogar, wenn die Zalung aus einem Irrtum geschehen sein sollte, die Zurückforderung derselben. 477) Sollte indessen jemand einen solchen lezten Willen wissentlich erfüllet, oder sich freiwillig, es sei nun stillschweigend oder ausdrücklich zur Erfüllung anheischig gemacht haben: So ist er freilich in der Folge daran gebunden, jedoch unter der billigen Einschränkung, welche jede Entsagung unserer Rechte mit sich bringet, daß dergleichen in Einem Punkt geschehene Agnition des sonst ungültigen

Testa-

Testaments, nicht auf andere Punkte ausgedehnet werden dürfe; woferne sie nicht mit jenem in einer solchen Verbindung stehen, welche das Gegenteil mit sich bringet. 478)

468) L. 27. Locati conduct. VOET *Comment. ad Pand.* Tit. cit. §. 27.

469) LEYSER Spec. 212. Med. 5.

470) **Struben** Rechtl. Bedenken. Th. 3. N. 69.

471) COCCEII ad *Grotium* de iure belli et pacis. Lib. 2. Cap. 12. §. 18. pag. 202. WOLFF Iur. Natur. Part. IV. §. 1262.

472) TITIUS ad *Lauterbach.* Obſerv. 603.

473) *Frid.* BEHMER nov. iur. controv. T. 2. Obſ. 150. *Frid.* POPP Diſſ. de imperfecta fratrum ſororumque ad ſe invicem alendos obligatione. Altorfii 1780.

474) Nov. 89. Cap. 12. §. 6. C. 73. §. 1. D. de iure dotium. Denn was die erstere Stelle von der Schuldigkeit der ehelichen Kinder, ihre natürlichen Geschwister zu ernähren, verordnet, gehet eigentlich dahin, daß jene als alleinige Erben solches thun sollen. Die zweite Stelle sagt kurz nur dieses: „Eine Frau mache keinen üb„len Gebrauch von ihrem Heirathsguthe, und es „**könnte** ihr daher auch während der Ehe ein„gehändiget werden, wenn der Zweck wäre, ut „egentem fratrem ſororemue ſuſtineat;„ vorausgesetzt, daß sie freiwillig dazu bereit ist; aber daß sie es thun müsse, davon steht hier kein Wort. Ueberhaupt findet man an dieser Stelle eigentliche verba diſpoſitiva gar nicht.

475) L. 13. §. 2. D. de admin. et peric. tutor. L. 4 D. ubi pupill. educ. L. 1. §. 3. D. de tutel. et ration. distrah.

476) SCHULTING de obligat. naturali. Cap. 12. fin. *Ulric.* HUBER Digression. Iustinian. Lib. IV. Cap. 34 --- 37. haben diesen Irrtum bündigst widerlegt. Wenn unsere Civilgesetze bisweilen selbst das Dasein einer solchen Verbindlichkeit behaupten: so siehet man sogleich aus dem Inhalte, daß dabei die besondern Verhältnisse eines bestimmten Falles zum Grunde liegen. z. B. L. 38. D. de fideicommiss. libertat. Was der fromme **Brunnemann** und Consorten daraus im allgemeinen folgern, ist grundfalsch. Die Stellen, welche WESTENBERG de causis obligationum Dissert. 1. Cap. 4. §. II. anführet, um naturalem obligationem ex testamento minus solemni überhaupt darzuthun, beweisen hier gar nichts. z. B. §. 40. I. de rev. divis. wo es von dem derivativen Erwerb des Eigenthums heisset: Nihil tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, rem suam in alium transferre volentis, ratam haberi. Wie gehöret das hieher? Bei den übrigen Stellen, welche er anziehet, L. 2. und L. 32. C. de fideicommissis, fällt das Inconsequente eben so sehr auf.

477) L. 7. C. de condict. indeb. L. 9. C. ad Leg. Falcid. WESTENBERG cit. L. §. 13. SCHULTING loc. cit.

# Achter Abschnitt.

## Vom Pfandrechte, wegen blos natürlicher Hauptverbindlichkeiten.

### §. 103.

### Einleitung.

Es ist zwar nicht ganz einerlei, sondern in Ansehung des rechtlichen Effekts ein grosser Unterschied, ob die Hauptschuld, derentwegen die Verpfändung geschehen, in einer bürgerlich vollgültigen, oder blos natürlichen Verbindlichkeit bestehe. Indessen haben wir mehr als eine gesetzliche Vorschrift, wonach die Gültigkeit der Verpfändung an sich auch bei Verbindlichkeiten lezterer Art allerdings zu behaupten ist. Dies bestätigen L. 5. pr. *D. de pignoribus* Res hypothecae dari posse sciendum est, pro quacunque obligatione, — vel pro civili, vel honoraria, *vel naturali*; ingleichen L. 14. Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseuerare constitit; ferner L. 101. D. de solut. Paullus respondit, quum creditor pignus distraheret, licere ei, pretium in acceptum referre etiam in eam quantitatem, *quae natura tantum debeatur*; verglichen mit L. 5. §. 2. ibid. Ob aber bei dieser Gültigkeit des Pfandrechts an sich, auch eben die gericht-

richtliche Wirkung desselben eintrete, welche sonst bei völlig klagbaren Verbindlichkeiten statt findet, folglich der Gläubiger, wann auch die Hauptschuld nur in einer blos natürlichen, der gerichtlichen Wirksamkeit nach eingeschränkten Verbindlichkeit bestehet, dennoch das Pfand nicht nur retiniren, sondern auch vermittelst der hypothekarischen Klage sowol gegen den Hauptschuldener, als auch gegen den dritten Besitzer, verfolgen könne? ist eine Frage, welche man bisher nicht genau und vollständig genug zu untersuchen sich angelegen sein lassen. Es kann aber das Pfand bestellet sein, entweder von dem Schuldener selbst, oder vermittelst der Intercession von einem Andern. 478) Lezteres hängt natürlich von den Grundsätzen ab, welche von Intercessionen und Bürgschaften in dieser Hinsicht überhaupt gelten. Davon also in folgenden Abschnitte mit Mehrerm. Das Erstere ist es, womit wir uns hier zu beschäftigen haben.

478) L. 5. §. 2. D. de pignorib. L. 2. D. Quae res pign. ERXLEBEN de pignoribus. §. 10.

## §. 104.

**1) Wenn die Hauptverbindlichkeit ganz fehlt oder aufhöret; So fällt auch das Pfandrecht weg —. 2) Ueber die vermeinten Ausnahmen von dieser Regel.**

Da

Da das Pfandrecht seinem Begriffe nach ein accessorisches Recht ist, und lediglich die Bedeckung einer Hauptschuld zur Absicht hat: So liegt es in der Natur der Sache, daß es sich ohne Hauptschuld schlechterdings nicht gedenken lasse. Gleichwol ist in L. 2. C. de luit. pign. folgendes verordnet: Intelligere debes, vincula pignoris durare, personali actione submota. Unsern besten Kritikern hat dieses Gesetz Schwierigkeiten gemacht, und wenn wir der Meinung des Hugo Donell 479) beipflichten wollen: So ist es mit der Analogie gar nicht zu vereinigen; weshalb er auch mittelst Einschiebung der Negation zur Verbesserung des Textes seine Zuflucht nimmt: vincula pignoris NON durare etc. und sich dadurch freilich am kürzesten aus der Sache hilft —. Cujaz ist hier bescheidener, und will die angeführten Worte auf den Gegenstand der vorhergehenden Verordnung gedeutet wissen, als worin enthalten, daß ein Miterbe durch Bezalung seines Anteils an der Hauptschuld noch nicht den geringsten Teil des Pfandes frei mache, weil das Pfandrecht unteilbar ist, und nicht eher aufhöret, als bis die ganze Pfandschuld getilgt worden. 480) Es giebt aber auch ausser der nächst vorhergehenden Stelle noch mehrere Gesetze, welche dem Gläubiger die Verfolgung seines Pfandrechts erlauben, ob er gleich keinen persönlichen Anspruch weiter urgiren darf, 481) weshalb denn die Gelehrten diese Fälle, in Ge-

folge der angeführten L. 2. C. de luit. pign. als wirkliche Ausnahmen von der Regel, daß ohne Hauptschuld kein Pfandrecht statt finde, anzumerken pflegen. Erxleben erklärt die Sache so: Accessoria sunt duplicis generis. Nam vel per se non subsistunt, vel sublata re principali adhuc possunt cogitari. In ultima classe pignus suum occupat locum. 482) Ich zweifele aber gar sehr, ob die Sache sich wirklich so verhalte; und ob nicht vielmehr der zu Anfange dieses §. angeführte Grundsatz unter diejenigen gehöre, welche schlechterdings keine Ausnamen leiden. Denn bestehet das Wesen des Pfandes darin, daß es zur Bedeckung und Sicherheit einer Schuld gereichen soll: So ist nicht abzusehen, wie es statt finden könne, wenn an sich gar keine Hauptschuld vorhanden wäre, oder dieselbe ganz aufgehöret hätte; und das müste doch in den Fällen zutreffen, welche sich wirklich zu Ausnamen von jenem Grundsatze qualificiren sollten. Es setzet aber das Wesen und der Begrif des Pfandes nichts mehr voraus, als das Dasein eines Rechts und einer Verbindlichkeit an sich; wozu jedoch, wie wir schon mehrmalen bemerkt haben, nicht immer erfordert wird, daß dieses Recht und diese Verbindlichkeit auch in bürgerlichen Gerichten völlig wirksam sei. Das leztere kann in mancher Hinsicht wegfallen, und darum nichts destoweniger Recht und Verbindlichkeit an sich vorhanden sein und fortdauern. Wenn also die

obige

obige Regel das Dasein einer Hauptschuld an sich erfordert; So ist es einenteils nicht nothwendige Folge, daß diese Hauptschuld völlig wirksam und klagbar sein müsse, und anderntteils enthalten die Fälle, wo etwa dem Pfandgläubiger **keine persönliche Klage** zustehet, keine Ausnahme von solcher Regel, weil die Hauptschuld selbst noch nicht aufhöret, wenn sie auch mittelst gerichtlicher Klagen etwa nicht verfolgt werden kann. Schon die im vorigen §. angeführten Gesetze, wonach das Pfandrecht allerdings bestehet, wenn die Hauptschuld eine blos natürliche Verbindlichkeit ist, überzeugen uns davon völlig; und solchemnach enthalten auch die Gesetze, welche man als Ausnamen von jener Regel anzuführen pflegt, dergleichen eigentlich gar nicht. Denn in L. 2. C. de luit pign. stehet nicht, daß das Pfandrecht bei gänzlich cessirender **Hauptverbindlichkeit** fortdauern könne; — sondern ausdrücklich lauten die Worte dahin: vincula pignoris durare *personali actione* submota. Man hat also gar nicht Ursache, mit **Hugo Donell** die Richtigkeit des Textes zu bezweifeln, auch nicht mit dem **Cujaz** diese Worte lediglich auf den Fall, dessen in der nächst vorhergehenden Stelle erwähnt wird, zu beschränken, noch weniger eine Ausname von der Regel, daß kein Pfand ohne Hauptschuld statt finde, daraus herzuleiten. Die Gesetze wissen davon nicht. Denn, was den Fall in L. 1. C. de luit. pign. betrift: So hört

hört ja dadurch, daß ein Miterbe bezalet, nicht die ganze Schuld auf. Das Pfandrecht kann aber, seiner Natur nach, auch gegen denjenigen ausgeübt werden, welcher selbst die persönliche Schuld nicht auf sich hat; und das muß sich also auch der Miterbe, welcher seinen Anteil der persönlichen Schuld bezalet hat, gefallen lassen; folglich findet sich hier gar keine Ausname von der Regel, welche nur will, daß die Hauptschuld nicht gänzlich aufgehoben sein müsse, wenn das Pfandrecht gelten soll, keineswegs aber, daß derjenige, gegen den das Pfandrecht ausgeübt wird, der Hauptschuldener sein müsse, woraus die Absurdität folgen würde, daß die im Wesen des Pfandes liegende Befugnis, solches gegen einen Dritten zu verfolgen, unter die Ausnamen von jener Regel gehöre. Eben so wenig findet man auch in L. 30. §. 1. ad L. aquil. und L. 59. D. ad S. C. Trebell. eine wirkliche Ausname davon; wol aber erhellet aus diesen Gesetzen, daß immer keine wahre, obgleich übrigens nur blos natürliche Hauptschuld wirklich vorhanden sein müsse, um ein gültiges Pfandrecht zu behaupten. Solche Fälle hingegen, wo die Hauptverbindlichkeit an sich ganz cessirte, und doch das Pfand fortdaurete, finden wir nirgend. Ich würde mich bei dieser Untersuchung nicht aufgehalten haben, wenn der Gegenstand des gegenwärtigen Abschnittes nicht vor allen Dingen ganz unumgänglich die bisherige Berichtigung erforderte,

derte, wie die Folge sogleich mit Mehrerm zeigen wird.

479) *Hugo* DONELLUS Comment. in Libr. VIII. Cod. Tit. 31. pag. m. 659.

480) *Iac.* CUIACIUS Lib. 5. Observ. Cap. 32. und Lib. 15. Cap. 23. Diesem pflichtet bei E. C. **Westphal** vom Pfandrechte. §. 9. Entgegen ist ihnen BACHOV de pignoribus. Lib. IV. Cap. 2. p. m. 361.

481) L. 30. §. 1. ad L. aquil. L. 59. ad S. C. Trebell.

482) ERXLEBEN de pignoribus. §. 6.

## §. 105.

### Von den Fällen, wo das Pfandrecht in dieser Hinsicht der Regel nach gänzlich hinwegfällt.

Ehe und bevor nun die Gültigkeit und Wirkung des Pfandes bei einer blos natürlichen Hauptverbindlichkeit in nähere Untersuchung kommen kann, ist vor allen Dingen auszumachen: ob in dem vorkommenden Falle überhaupt eine natürliche Verbindlichkeit vorhanden sei? Denn wo diese selbst wegfällt, es sei nun nach der Natur des Geschäftes oder Vorganges an sich schon, oder in Rücksicht auf das Verhältnis der Sache im bürgerlichen Zustande: So läßt sich auch kein gültiges Pfandrecht dabei gedenken. 483) Ob inzwischen unsere Systeme und Lehrbücher diesen Gegenstand gehörig ins Licht setzen?

 ist

ist sehr zu bezweifeln. Sie begnügen sich fast durchgängig mit dem Satze, daß wegen einer sogenannten reprobirten natürlichen Verbindlichkeit kein gültiges Pfandrecht statt finde. Man kommt aber hier nicht gänzlich damit durch; vielmehr ist in dieser Hinsicht noch mancherlei zu unterscheiden.

1) Ob dem vermeinten Gläubiger die hypothekarische Klage zustehe? Diese Frage hat keine Schwierigkeit. Ohne Zweifel fällt die gedachte Klage gänzlich weg. 484) Ob er aber

2) das ihm übergebene Pfandstück herausgeben müsse? ist schon bedenklicher. Nach der gewöhnlichen Lehre, welche in den Fällen einer sogenannten reprobirten natürlichen Verbindlichkeit die Zurückforderung des Gezalten ohne Unterschied und in der Regel zulässet, müste man behaupten, daß die Repetition des Pfandes allerdings statt finde. Ich glaube aber am Ende des vierten Abschnittes überzeugend dargelegt zu haben, daß in der Regel bei verbotenen Verträgen und Geschäften das einmal Gegebene nicht wieder zurückgefordert werden könne, und daß die Zulässigkeit des leztern nur als Ausname von der Regel da eintrete, wo es die Gesetze wirklich gestattet haben. Dem zufolge ist denn auch hier die Zurückforderung des Pfandes nur in soferne zulässig, als die Gesetze erlauben, die bereits geschehene Bezalung zu condiciren. In allen den Fällen also, wo zwar die natürliche Verbindlichkeit zur Bezalung ganz wegfällt, wo

aber

aber dennoch keine Zurückforderung des Einmal Bezalten statt findet; wovon wir bereits oben §. 76. mehrere Beispiele angeführt haben, kann zwar der vermeinte Gläubiger des Pfandes wegen nicht klagen, aber die Zurückforderung der ihn übergebenen Pfandstücke ist aus eben den Gründen, welche wir am erwähnten Orte angeführt haben, durchaus unzuläßig. Ist hingegen der angebliche Gläubiger schuldig, wegen mangelnder Verbindlichkeit die Bezahlung wieder herauszugeben: So kann er sich auch der Zurückgabe des erhaltenen Pfandes nicht entgegen legen, weil ihm dieses ja zum Zweck einer Zalung gegeben worden, welche er den Rechten nach nicht behalten darf. 485)

483) Argum. L. 1. D. de Verb. Obl. L. 6. D. de Solut. CLAPRÖTH iurispr. heurem. §. 209. num. II. SCHMIDT de fideiussore plane non obligato. §. 150.

484) Argum. L. 127. D. de Verb. Obl.

485) L. 1. §. 3. D. de cond. sine causa.

## §. 106.

## Anwendung dieser Grundsätze auf einzelne Fälle.

Das ist nun der Fall bey solchen Verpfändungen, welche wegen einer verbotenen Spielschuld, imgleichen von einem Verschwender im rechtlichen Verstande, 486) von einem Pupillen

und

und Minderjährigen ohne des Vormundes Einwilligung 487) geschehen sind.

3) Sollte in Fällen dieser Art nicht das ganze Versprechen, wofür die Verpfändung geschehen, sondern nur allein die Ueberschreitung einer gewissen Summe unverbindlich sein: So ist es klar, daß das Pfandrecht auch nur in soferne ganz unwirksam sei, als die natürliche Verbindlichkeit selbst hinwegfällt. Zum Beispiele dient der verbotene Wucher, 488) die Schenkung über 500 Soliden u. d. m. Da es übrigens

4) der Wirkung nach, und in Rücksicht auf das äussere Forum völlig einerlei ist, ob in diesem oder jenem Falle in der That gar keine natürliche Verbindlichkeit vorhanden sei, oder ob der Richter nach förmlichen Rechten die Sache so zu behandeln habe, als wenn dergleichen nicht statt fände: So siehet ein Jeder, daß die geschehene Verpfändung hinwegfalle, und ihre ganze Wirkung verliere, wenn die Schuldener durch rechtskräftige Sentenz, sei es auch ein ungerechtes Urteil, von der Hauptschuld absolviret worden; 489) und die Gründe, woraus wir oben erwiesen haben, daß einem rechtskräftig absolvirten Schuldener die eigentliche condictio indebiti nicht zu versagen sei, überzeugen uns auch davon, daß er mit Recht die verpfändeten Sachen, wenn sie in den Besitz des Gläubigers gekommen sein sollten, von ihm wieder zurückfordern könne.

5) Da

5) Da die bekannte Verordnung in L. vn. Cod. etiam obchirograph. pecun. ein bisher wirklich vorhandenes Pfand in des Gläubigers Besitze voraussetzet: So folgt von selbst, daß der vermeinte Pfandgläubiger von jener Verordnung und dem darin gebilligten Retentions-Rechte wegen anderer Forderungen, in dem Falle gar keinen Gebrauch machen könne, wo die ganze Qualität eines Pfandes gleich von Anfang cessiret.

6) Da es endlich in einigen Fällen, z. B. den Bürgschaften der Frauenspersonen, den Verträgen der Minderjährigen u. s. w. sich zutragen kann, daß Verträge, die an sich nach Vorschrift der Gesetze ganz unverbindlich sind, dennoch unter gewissen Umständen durch eidliche Bestärkung, oder durch Genehmigung in der Folge einen rechtlichen Bestand erlangen können: So muß auch unter diesen Verhältnissen die Verpfändung allerdings zu Recht bestehen.

486) L. 10. pr. D. de curat. furiosi. L. 6. de uerbor. obl. L. 40. D. de reg. iur.

487) L. 1. pr. quae res pign. L. 1. §. ult. de Reb. eor. qui sub tut.

488) L. 29. D. de vsuris. L. 27. C. eod. L. 11. §. 3. D. de pignor. act.

489) L. 13. D. Quibus mod. pign. uel hyp. solv. BACHOV de pignorib. Lib. V. Cap. 1. §. 3. pag. 358.

§. 107.

## §. 107.

### Ueber das Pfandrecht wegen blos natürlicher Verbindlichkeiten im strengen Verstande.

Ganz von dem Gegenstande des vorigen §. verschieden sind diejenigen Fälle, wo die Hauptschuld an sich nicht fehlet, obwol dieselbe nur in einer blos natürlichen Verbindlichkeit bestehet, derentwegen die gerichtliche Wirkung hin und wieder eingeschränket ist. Dahin gehören nun die in der Einleitung zu diesem Abschnitte angeführten Gesetze, welche im allgemeinen so viel verordnen, daß die Verpfändung zu ihrer Gültigkeit nicht eben das Dasein einer bürgerlich vollgültigen und klagbaren Hauptverbindlichkeit voraussetze, sondern daß auch wegen einer blos natürlichen Obligation im strengen Verstande (§. 55. 56.) ein an sich gültiges Pfandrecht statt finde. Bey diesem allgemeinen Grundsatze lassen es auch die Lehrbücher und Systeme bewenden, obgleich, wie überall, eben so auch hier das Recht an sich, und die Ausübung desselben wol zu unterscheiden sind; folglich, wenn wir auch in Fällen dieser Art dem Gläubiger ein wirkliches Pfandrecht an sich beilegen, dennoch immer die Frage übrig bleibt: in wie ferne er im Wege Rechtens Gebrauch davon machen, und es gerichtlich geltend machen könne? Ob z. B. der Gläubiger, dem das Senatumconsultum

sultum Macedonianum, oder irgend ein Kredit-Edikt, betreffend die Schulden der Studirenden und Soldaten, entgegen stehet, wegen des vom Schuldener erhaltenen Pfandrechts die hypothekarische Klage gegen den Verpfänder oder einen Dritten anzustellen berechtiget sei? Vermöge jenes allgemeinen Satzes, sollte man glauben, die Klage müste gestattet werden; wie denn auch **Hugo Donell** solches zu behaupten kein Bedenken gefunden. 490) Zwar ist **Schulting** anderer Meinung, 491) allein keiner von beiden hat sich die Mühe genommen, etwas näher deshalb ins Detail zu gehen, und von der allgemeinen Behauptung in den einzelnen hieher gehörenden Materien Gebrauch zu machen. Vor allen Dingen ist zu bemerken, daß eigentlich hier nur von den Fällen die Rede sein könne, da das Pfand, wo nicht zugleich neben der Hauptschuld, doch wenigstens unter den nämlichen Verhältnissen der Personen und Sachen, welche die völlige Wirksamkeit der Hauptschuld hindern, errichtet worden. Denn wäre die Verpfändung in der Folge allererst unter solchen Umständen geschehen, da eine Genehmigung oder wiederholte Zusage von Seiten des Schuldeners so gar die Hauptverbindlichkeit klagbar machen würde; so konnte freilich dem Gläubiger die Klage wegen des Pfandes nicht füglich versagt werden; 492) diese Fälle aber bei Seite gesetzt: So macht es schon der Begrif des Pfandes gar sehr bedenklich, deshalb

halb eine Klage zu gestatten, wenn die Hauptschuld nicht klagbar ist. Denn der ganze Zweck desselben gehet ja dahin, daß die Hauptschuld am Ende daraus bezalet werden soll. Wenn nun die Gesetze in gewissen Fällen auf die Bezalung der Hauptschuld keine Klage gestattet wissen wollen: So kann auch der Gläubiger in solchen Fällen die Pfandstücke nicht füglich mittelst einer Klage verfolgen, weil sie ihm zum Zweck einer Bezalung angewiesen sind, derentwegen er den Rechten nach keine Klage haben soll; vielmehr muß er sich bei den Rechtsmitteln, welche ihm die Gesetze überhaupt der Bezalung halber nachgelassen haben, z. B. dem Retentions-Rechte u. s. w. begnügen. Um indessen der Sache noch näher zu treten: So lassen sich hier nur zwei Fälle gedenken. Entweder der Gläubiger klagt des Pfandes wegen wider den Schuldener selbst, oder wider einen dritten Besitzer. Das leztere gehet offenbar darum nicht an, weil der Beklagte verlangen darf, daß ihm bei Räumung der Pfandstücke die Principalklage gegen den Schuldener abgetreten werde, 493) und dazu ist ja der Gläubiger nicht vermögend, indem ihm die Gesetze selbst die Klage wider den Schuldener versagen. Aber auch im Ersten Falle ist unstreitig das nämliche zu behaupten, weil einenteils, wie schon erwähnt worden, die Natur der Sache und Analogie des Rechts dem Gläubiger entgegen stehet, indem seine Pfandklage in der That auf dasjenige hinausgehet, was die Gesetze

ihn

ihn nicht zugestehen wollen, welche verordnen: ne tali creditori actio *petitioque* daretur. L. 1. D. ad S. C. maced.; und andernteils, wenn wir insbesondere auf die Geldanleihen, des filii familias, oder die Schulden der Studirenden und und Soldaten gegen die Kreditedikte Rücksicht nehmen, gerade der bequemste Weg sein würde, die ganze Verordnung zu eludiren, wenn der Gläubiger nur dafür sorgen dürfte, daß der Verschreibung die gewöhnliche Klausul: bei Verpfändung meiner Haab und Güter, beigefügt werde, um desto sicherer künftig eine Klage anstellen zu können, die ihm doch die Gesetze ganz absprechen. Man sage nicht, daß dieses zu viel beweise, und solchergestalt auch das Zurückbehaltungs-Recht in Ansehung des Pfandes hinwegfallen müste. Denn dies haben die Gesetze dem Gläubiger wirklich nachgelassen, und die Fälle, wo davon ein Gebrauch zu machen, sind schon mit mehrerer Schwierigkeit verknüpft; denn es läßt sich nicht so leichte von dem Schuldener ein handhabend Pfand, als die schriftliche Versicherung einer Hypothek überkommen. Endlich aber können wir auch drittens unsere Behauptung mit mehrern gesetzlichen Stellen belegen, welche deutlich genug derselben das Wort reden. So z. B. wird in L. 9. pr. D. ad S. C. maced. dazu, daß bei geschehener Verpfändung die *exceptio* Senatus consulti wegfallen, folglich eine Klage statt finden soll, ausdrücklich voraus gesetzet: Si pater familias

factus rem pignori dederit. Wozu diese Voraussetzung, wenn das Pfand an sich schon den Effekt der Klage mit sich führte? — In L. 11. C. de vsuris heist es sehr merklich: Pignoribus quidem intervenientibus vsurae quae sine stipulatione peti non poterant, pacto *retineri* possunt. Hier wird also, der Verpfändung ungeachtet, dennoch dem Gläubiger wegen der an sich nicht klagbaren Zinsen nur eine Einrede oder Zurückbehaltung zugestanden. Damit stimmt auch L. 101. D. de Solut. überein, und in L. 2. D. Quae res pignori verglichen mit L. 9. §. 3. D. de S. C. maced. wird wieder demjenigen, der seine Sachen für das Darlehn eines filii familias verpfändet hat, die Klage aus dem Pfandrechte ausdrücklich nur in soferne gestattet, als die Bezalung der Hauptschuld gegen ihn klagbar ist. Solchemnach glaube ich nunmehro folgende Regel festsetzen zu können: **Die Verpfändung für blos natürliche, der gerichtlichen Wirkung nach eingeschränkte Verbindlichkeiten, ist zwar an sich gültig: Es finden aber deshalb nur diejenigen Rechtsmittel statt, welche dem Gläubiger wegen der Hauptschuld zustehen.**

490) *Hugo* DONELLUS Comment. iur. civ. Lib. XII. cap. 2. p. m. II. in den Worten: Pignus aeque pro civili et naturali obligatione constitui potest, ut sic *per persecutionem* et retentionem pignoris debitum seruari possit, quod per se peti non potuit.

491) *Ant.* SCHULTING de naturali obligatione cap. 14. in den Worten: multo minus naturale vinculum ſuſtulit Senatus, cui tamen vinculo naturam indulſit non nihil anomalam, fideiuſſorem enim illi accedere permiſit quidem, et pignus exceptio tamen fideiuſſorem conuenienti, vel pignus vindicanti obſtabit.

492) L. 9. D. ad S. C. Macedon.

493) L. 19. D. *Qui pot. in pign.* Quaero an ſi ei creditori iuſtus poſſeſſor offerat, compellendus ſit, ius nominis cedere? Reſpondi poſſe videri, non iniuſtum poſtulare. Weſtphal vom Pfandrechte. §. 281 *Ant.* FABER in Cod. Lib. 8. Tit. 31. Def. 7. und 17.

## §. 108.

## Fortſetzung.

### Ueber den Gebrauch der L. vn. C. et ob chirograph. pecun.

Hat alſo der Gläubiger wegen ſeiner Forderung zwar nicht das Recht zu klagen, wol aber ſich durch Einreden, und insbeſondere durch das Retentions-Recht zu ſchützen: So kommt ihm auch das leztere in Anſehung des Pfandes unſtreitig zu ſtatten. Durch die bekannte Verordnung in L. vn. C. et ob chirogr. pecun. iſt aber dieſes Recht dahin erweitert worden, daß der Gläubiger die einmal erhaltene Pfandſtücke auch wegen anderer Forderungen retiniren dürfe, 494) wenn gleich die eigentliche Pfandſchuld ſchon abgetragen worden. Daß nun die gedachte

Verordnung dem Gläubiger auch wegen solcher Forderungen zu statten komme, derentwegen dem Schuldener nur eine blos natürliche nicht klagbare Verbindlichkeit obliegt, leidet gar kein Bedenken. Denn das Gesetz beschränkt die Befugnis des Gläubigers nicht auf klagbare Forderungen, sondern es heist ganz allgemein: nisi ea quoque pecunia a debitore reddatur, vel offeratur, *quae sine pignore debetur etc.* Dieses passet allerdings auch auf solche Forderungen, derentwegen nur eine natürliche Verbindlichkeit im strengen Verstande eintritt. Gesetzt also, der Gläubiger hat neben der eigentlichen Pfandschuld noch andere Forderungen, es stehet ihm aber in Ansehung derselben das Macedonianische Senatusconsultum oder auch die Einrede der Verjährung entgegen: So ist er nichts destoweniger berechtiget, die verpfändeten Sachen so lange zu retiniren, bis auch diese Schulden berichtiget worden; indem in beiden Fällen immer noch eine wirkliche Schuld vorhanden ist, und die deshalb gestattete Einrede nur blos die Klage des Gläubigers, nicht aber die sonstigen Rechtsmittel ausschliessen.

494) ERXLEBEN de pignoribus. §. 200. sequ.

## §. 109.

## Ueber die Wirkung des Pfandes nach eingetretener Praeklusion.

Wir haben bereits oben §. 94. die Wirkung der

der Praeklusion dahin bestimmet, daß dieselbe eigentlich nur von den dermaligen Konkursgütern ausschliesse; mithin auch denjenigen nur treffen könne, welcher aus den zur Konkursmasse gezogenen Gütern eine Befriedigung suchen will. Hieraus, und in Betracht der §. 94. bereits bemerkten Gründe, ist nun in Ansehung des Pfandrechts schon leicht zu erachten, daß dem Besitzer eines handhabenden Pfandes die Praeklusion gar nicht nachteilig werden könne; 495) imgleichen daß auch ein praekludirter hypothekarischer Gläubiger sein Recht in der Folge annoch gegen den Schuldener selbst klagend verfolgen könne. Ob und in wie ferne ihm aber solches auch gegen einen dritten Besitzer der Hypotek zu gestatten sei? ist eine Frage, bei welcher wir noch etwas verweilen müssen. Angesehene Rechtslehrer haben behauptet, daß ein hypothekarischer Gläubiger, dessen Unterpfand in der Konkursmasse nicht mehr existiret, nicht schuldig sei, sich bei dem Konkurse zu melden, sondern vielmehr den dritten Besitzer sofort belangen könne, ohne die Einrede der Excussion befürchten zu dürfen. Wenn aber solchergestalt der dritte Besitzer das Pfand abgetreten, oder doch die Schuld bezalet hätte: So gestattet man diesem, daß er sich annoch im Konkurse mit seiner Entschädigungs-Forderung melden könne. 496) Der Verfasser **der Lehre von der Praeklusion** hält dafür, daß man unterscheiden müsse; ob in dem foro con-

 cur-

cursus die Landesgesetze, wenigstens der Gerichtsgebrauch, dem dritten Besitzer einer Hypothek die exceptionem excussionis gestatten oder nicht. Im ersten Fall verwirft er die Klage des praekludirten Gläubigers wider den dritten Innhaber des Pfandes, im zweiten läst er sie zu; 497) So viel ist nun unstreitig, daß eigentlich hier nur von der hypothekarischen Verfolgung solcher Sachen die Rede sein könne, welche keinen Teil der Konkursgüter ausgemacht haben, noch durch Veräusserung der leztern auf den dritten Besitzer gekommen sind; indem es sich sonst von selbst schon verstehet, daß nach erfolgten rechtmäßigen Verkauf der zur Masse gehörenden Sachen, alle bisher darauf gehaftete Hypotheken gänzlich aufhören. 498) Uebrigens aber scheint es mir sehr bedenklich, die ganze Entscheidung der obigen Frage, von der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Einwandes der Excussion, abhängig zu machen; da ohnehin über diesen Punkt noch manche Streitigkeiten obwalten. Nach meiner Ueberzeugung kann der praekludirte Gläubiger wider den dritten Besitzer die hypothekarische Klage nicht füglich mehr anstellen, und um dieses zu rechtfertigen, dürfte es in jedem Falle nicht an Gründen fehlen, man mag jene Einrede zulässig halten oder nicht. Giebt man zu, daß auch der dritte Besitzer einer speciellen Hypothek von dem Einwande der Excussion nicht auszuschliessen sei: So bringt es freilich die Natur dieser Einrede

ganz

ganz ohne Zweifel mit sich, daß derjenige, dem sie entgegen stehet, es nicht selbst durch seine eigene Schuld veranlassen dürfe, daß ihm der ordentliche Weg, aus des Schuldners Gütern befriedigt zu werden, gänzlich versperret werde. Wenn man aber auch unter Zustimmung bewährter Rechtsgelehrten 499) die gedachte Einrede an sich schon bei entstandenem Konkurse verwerflich halten, ja wenn man auch denen beipflichten wollte, welche solche dem Besitzer einer speciellen Hypothek völlig absprechen: So bleibt doch immer noch der wichtige Umstand zu betrachten übrig, daß nämlich der belangte dritte Besitzer mit Recht die Abtretung der Hauptschuld und der daraus entspringenden Klagen verlangen könne. 500) Hierauf hat man bei Erörterung jetziger Frage gar keine Rücksicht genommen. Wie kann aber ein praekludirter Gläubiger solche Cession seiner Forderung den Rechten gemäß bewirken, wenn er selbst zugeben muß, daß seine eigene Schuld und Nachlässigkeit die Ursache sei, derentwegen die Rechtsverfolgung des persönlichen Anspruchs in foro concursus gänzlich hinwegfällt. Man siehet also, daß es eine wirkliche Ungerechtigkeit sein würde, dem dritten Besitzer die Räumung der Pfandstücke oder baare Befriedigung des Gläubigers anzusinnen, und ihm dagegen nur zu gestatten, sich mit seiner Entschädigungs-Klage annoch bei dem Konkurse melden zu dürfen; denn mit diesem blos persönlichen Anspruche

 wird

wird er allemal einen höchstnachtheiligen Platz unter den übrigen Kreditoren einnehmen, da er doch sonst, wenn der Pfandgläubiger es nicht selbst vernachlässiget hätte, in dessen Stelle getreten, und des Vorzugs seiner Forderung theilhaftig geworden sein würde. Könnte nun inzwischen der praekludirte hypothekarische Gläubiger in Grundlage des Prioritäts- und Distributions-Erkenntnisses deutlich beweisen, daß auf alle Fälle seine Forderung im Konkurs leer ausgegangen, mithin die gerichtliche Angabe, so wie auch die Abtretung derselben an den dritten Besitzer ganz vergeblich gewesen sein würde: So wäre freilich sodann die Verfolgung der Hypothek wider den dritten Besitzer für unzulässig nicht zu achten. 501) Bis dahin aber, daß er solchen Beweis beibringt, ist er mit der hypothekarischen Klage nicht zu hören. 502)

495) LEYSER Spec. 486. med. 2. in den Worten: Nam edictalis citatio, quae in principio concursus decerni solet, eos solos obligat, qui ipsi agere et ius suum persequi volunt, non eos, contra quos nomine concursus actio instituenda est. Hi libellum et peculiarem citationem securi expectant; neque *exceptiones* quas habent, taciturnitate amittunt. Ex horum numero sunt creditores *possidentes*. Hi, quandiu pignus tenent, *actionem hypothecariam* non habent, sed si ipsi deinde rei vindicatione conueniuntur, tunc exceptionem pignoris opponunt, quam ante institutam contra ipsos actionem obiicere nulla ratione potuissent. L. 15. §. 5. D. de re iud.

ME-

MEVIUS P. VII. Dec. 250. Die Lehre von der Praeklusion. Seite 62.

496) LUDOVICI Konkurs-Proceß. Kap. 1. §. 7. SCHAUMBURG princ. prax. iud. Lib. 2. C. 8. §. 4. not. 6.

497) Die Lehre von der Praeklusion. Seite 71. folg.

498) *Aug.* LEYSER *de subhastatione hypothecas extinguente* in med. ad Pand. Spec. 236.

499) CARPZOV Lib. 2. Respons. 72. RIVINUS de except. Cap. 38. n. 8. MEVIUS P. 9. Dec. 187. BRUNNEMANN Proc. Concurs. Cap. 1. §. 9. LEYSER Spec. 233. med. 2.

500) L. 19. D. qui pot. in pign. Westphal vom Pfandrechte. §. 281. *Ant.* FABER in Cod. Lib. 8. Tit. 31. Def. 7. und 17.

501) Argum. L. 14. §. 1. D. Depos. L. 45. de obl. et action.

502) ERXLEBEN de pignoribus. §. 319.

## §. 110.

### Imgleichen, wenn der persönlichen Schuldklage die Einrede der Verjährung entgegen stehet.

Gewissermassen enthält von den bisher vorgetragenen Grundsätzen die bekannte Verordnung des K. Justinian in L. 7. §. 1. C. de praescr. XXX. vel XL. ann. eine Ausname und Einschränkung; indem vermöge derselben

die hypothekarische Klage wider den Schuldener selbst 40 Jahre hindurch fortdauret, obgleich die Hauptverbindlichkeit nach Ablauf von 30 Jahren nicht mehr klagbar ist. Der Kaiser hat es hier den Auslegern gar nicht recht gemacht; sie finden es sonderbar und beinahe widersprechend, nach verjährter, oder welches noch ärger ist, nach aufgehobener Hauptverbindlichkeit, annoch die Verfolgung eines accessorischen Rechts zu gestatten. Doctores hic varie desudant, schreibt **Georg Franzke**, 503) et mirum ſane videri poſſit, quod quum iure nouiſſima omnis actio perſonalis, etiam quae olim perpetua fuit, triginta annis tollatur, et ita *obligatio principalis ſublata ſit*, (das ist denn nun freilich nicht wahr) quomodo hypothecaria, tamquam acceſſoria ſubſiſtere, et per decennium ulterius durare poſſit; **Reinhard Bachov** geht noch etwas freier mit der Sprache heraus, wenn er die Unwissenheit des Tribonian als die einzige Veranlassung dieser Vorschrift ansiehet. Fatendum enim eſt propter eam conſtitutionem, aut durare poſſe obligationem pignoris, ſublata omni obligatione principali etiam naturali, aut nec per tanti temporis XXX. annorum curſum tolli aut infirmari vinculum aequitatis: Vtrumque abſurdum eſt, welches alſo beweisen soll, was er kurz vorher angemerket, Tribonianum, cuius eſt dicta L. 7. C. de praeſcr. XXX. vel XL. ann. veteris iuris ignorantia de-

deceptum fuisse et male id applicasse. 504) Indessen sind doch diese und die mehrsten Ausleger mit ihnen so bescheiden, ihre Vernunft unter dem Gehorsam des Gesetzes gefangen zu nehmen, mithin zuzugeben, daß in Grundlage gedachter Verordnung der Pfandgläubiger wirklich befugt sei, auch nach verjährter Hauptklage die Hypothek annoch gegen den Schuldener zu verfolgen, 505) wenn sie gleich darin einen Beitrag zu dem bekannten: Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest, antreffen wollen. Andere aber haben sich durch den vermeinten Widerspruch, welchen sie hier mit aller Rechtsanalogie zu finden glauben, sogar verleiten lassen, der klaren gesetzlichen Vorschrift den Sinn anzudichten, daß solche blos von dem Falle zu verstehen sei, wo die eigentliche Schuldklage annoch nach Ablauf von 30 Jahren fortdaurend wäre, und in Ansehung derselben noch keine Verjährung eingetreten sei. z. B. Wenn der Schuldener von Zeit zu Zeit Zinsen bezalet, oder der Gläubiger ihn gemahnet hätte. Unter diesen Umständen soll nach ihrer Meinung doch die hypothekarische Klage nach 40 Jahren verjähret sein, und *durante licet actione personali*, dennoch cessiren. 506)

503) *Georg* FRANZKII Comment. in Pand. Lib. 20. Tit. 6. n. 170.

504) *Reinh.* BACHOV tr. de pignoribus. Lib. 5. Cap. 3. §. 4.

505)

505) WISSENBACH Exercit. ad Pand. 39. thes. 35. PERETZ Praelect. in Cod. Lib. 7. Tit. 38. n. 4. ERXLEBEN de pignorib. §. 320. n. a. **Westphal** vom Pfandrechte. §. 247.

506) So lehrt *Lud. Conr.* SCHRÖDER in Programm. *Quo examinatur an actio hypothecaria adhuc creditori aduersus debitorem pignus possidentem sit salua, postquam obligatio personalis per praescriptionem fuit extincta* Marp. 1750. Daß zum wenigsten die hypothekarische Klage nach erfolgter Verjährung des persönlichen Anspruchs gleichfalls cessire, folglich die Verordnung in L. 7. C. de praescr. XXX. vel XL. ann., eigentlich den Fall beziele, da die persönliche Klage in 30 Jahren noch nicht verjähret worden, behaupten gleichfals: *Hugo* DONELLUS Comment. iur. ciuil. Lib. 16. cap. 26. p. m. 763. derselbe ad L. 2. C. de luit. pignor. imgleichen *Gudofr. Ludov.* MENCKE introd. in doctrin. de actionib. Sect. 1. cap. 2. membr. 9. §. 17.

## §. 111.

## Fortsetzung.

Wirklich haben sich die Ausleger die Sache schwieriger gemacht, als sie es an sich ist. Die mehrgedachte Verordnung weicht zwar in so ferne von der Regel ab, als sie dem Gläubiger die Pfandklage annoch gestattet, da doch die Hauptschuld nicht mehr klagbar ist. Dieses enthält aber bei weiten nicht den offenbaren Widerspruch, nicht die Absurdität, welche **Bachov** und andere hier antreffen wollen. Genug, wenn nur eine Hauptverbindlichkeit an sich vorhanden ist:

ist: So liegt in einer Verordnung, welche des Pfandes halber eine Klage wider den Schuldener gestattet, nichts ungereimtes. Wer wird es aber den erwähnten Rechtslehrern gut heissen, wenn sie sich nach Verjährung der persönlichen Klage, die ganze Verbindlichkeit des Schuldeners an sich als aufgehoben gedenken, und in dieser irrigen Voraussetzung die Zulässigkeit der hypothekarischen Klage ganz unerklärlich finden. Das heist, mit einem gewissen Schriftsteller zu reden, erst Jemanden die Kräze geben, um ihn hernach reiben zu können. Es ist wol nichts gewisser, als daß durch Veriährung der persönlichen Klage auch selbst die Verbindlichkeit des Schuldeners nicht aufhöre, sondern die natürliche Verbindlichkeit bleibt fortdaurend, und dafür bestehet ja das Pfandrecht unstreitig. Daß nun das leztere gegen den Schuldener 10 Jahr länger, als jene, klagbar sein soll, davon weis **Bachov** freilich keinen andern Grund anzugeben, als: Supinam ignorantiam Triboniani; welche aus folgenden Worten, womit die Konstitution anhebt, klar hervorleuchten soll: Quum notissimi iuris sit, actionem hypothecariam – in ipsos debitores aut heredes eorum nullis expirare lustrorum cursibus etc. „Das könnte, sagt **Bachov**, zu „**Justinianus** Zeiten kein vernünftiger Mensch „mehr glauben; indem ja schon lange vorher die „Kaiserlichen Konstitutionen, welche in L. L. „3 und 4. C. de praescr. XXX. vel XL.

„ann.

„ann. enthalten sind, überhaupt den dinglichen „Klagen eine Dauer von 30 Jahren vorge- „schrieben hätten.„ — Und solche Verordnungen sollte die Gesetz-Kommission kurz vorher in ihre Sammlung eingetragen, und dennoch gleich darauf einen Satz als notissimi iuris angenommen haben, welchen man sofort beim ersten Anblicke als den unerhörtesten Irrtum anzusehen hat? Das ist denn doch in der That unglaublich, und gerade diese Evidenz der Sache ist Bürge dafür, daß man wirklich von jenen allgemeinen Verordnungen die hypothekarische Klage wider den Schuldener müsse ausgenommen haben —. Jemehr ein Gläubiger sich wegen seiner Forderung in Sicherheit glaubt, desto weniger verdient er den Vorwurf der Nachlässigkeit, wenn er mit der wirklichen Rechtsverfolgung Anstand nimmt; mithin dürfte selbst die Billigkeit erfordern, daß dem hypothekarischen Gläubiger nach abgelaufener Verjährung des persönlichen Anspruchs, annoch einige Zeit zur Verfolgung seiner Hypothek gestattet werde. 507) Warum aber dieses nicht auch gegen den dritten Besitzer statt finde, ist daraus abzunehmen, weil dieser die Abtretung der persönlichen Klage wider den Schuldener zu begehren berechtiget ist. Da nun leztere mit Ablauf des 30sten Jahres hinwegfällt: So hat der Kaiser es mit Recht gegen den dritten Besitzer bei diesem Zeitraum bewenden lassen —. Die besondere Meinung einiger Rechtsgelehrten, deren

deren ich am Ende des vorigen §. erwähnt habe, widerlegt sich von selbst, wenn man das Gesetz dagegen hält. Man findet nicht die mindeste Spur von dem, was sie dem Gesetzgeber andichten, daß nämlich die vierzigjährige Dauer der hypothekarischen Klage allemal die noch nicht vollendete Verjährung der persönlichen Klage voraussetze. Der Kaiser bestimmt einenteils, ohne dieser Voraussetzung mit einem Worte zu gedenken, daß die hypothekarische Klage gegen den Schuldener und dessen Erben 40 Jahre dauren soll, und andernteils giebt er selbst deutlich genug zu erkennen, daß dieses von der Dauer des persönlichen Anspruchs gar nicht abhängen, vielmehr der leztere nach wie vor seine besondere Verjährungszeit behalten soll: in actione ſcilicet perſonali his cuſtodiendis, quae priſca conſtitutionum ſanxit iuſtitia —. Gründe genug, um weder mit **Donell** und **Mencke** anzunehmen, daß nach verjährter persönlichen Klage, auch die Verfolgung des Pfandes gänzlich hinwegfalle, noch mit **Lud. Conr. Schröder** zu behaupten, daß selbst bei fortdaurendem persönlichen Anspruche, der Ablauf von 40 Jahren die hypothekarische Klage ausschliesse —. Wenn indessen, welches ich noch beiläufig erwähnen muß, der Herr Prof. **Westphal** behaupten will, „daß wegen „der Zinsen des Kapitals auf jedes Jahr die „Forderung, mithin auch die Hypothek so lange „daure, bis seit jedes Jahres fällig gewordenen „Zins

„Zins die rechtsverjährte Zeit verstrichen sei.„
508) So ist L. 7. §. 6. C. de praescr. XXX. vel XL. ann. worauf sich diese Behauptung zu gründen scheint, unstreitig nur von den Fällen zu verstehen, wo die Hauptverbindlichkeit selbst in gewissen jährlichen Prästationen bestehet; hingegen, was die Zinsen eines Kapitals betrift: So haben wir davon eine besondere Verordnung in L. 26. C. de vsuris, welche so lautet: Eos, qui principali actione per exceptionem triginta vel quadraginta annorum siue personali, siue hypothecaria ceciderunt, iubemus non posse super *vsuris* vel fructibus praeteriti temporis aliquam mouere quaestionem, dicendo ex iisdem temporibus eas velle sibi persolui, quae non ad triginta vel quadraginta praeteritos annos referuntur, asserendo singulis annis earum actiones nasci; *principali enim actione non subsistente, satis super uacuum est, super usuris vel fructibus adhuc iudicem cognoscere etc.*

507) Siehe auch FRANZKII Comment. ad Pand. XX. VI. 170. Westphal vom Pfandrechte. p. 364.

508) Westphal im angef. B. Seite 365.

Neun=

# Neunter Abschnitt.

## Ueber die Bürgschaft in Ansehung einer blos natürlichen Haupt-Verbindlichkeit.

### §. 112.

### Einleitung.

So wie das Pfand, als ein accessorisches Recht, immer das Dasein einer Schuld, die es bedecken soll, voraussetzet: So muß auch, wenn überhaupt eine Verbindlichkeit aus der Bürgschaft statt finden soll, allemal eine Hauptschuld vorhanden sein; ohne diese ist keine Bürgschaft gedenkbar. Wir wissen aber, daß mit dem Dasein die Schuld an sich gar wol bestehen kann, wenn sie gleich in Gerichten nicht völlig wirksam ist, weshalb denn auch der leztere Umstand an sich keine Ungültigkeit der Bürgschaft nach sich ziehen kann; vielmehr haben wir mehr als eine gesetzliche Vorschrift, wonach, überhaupt genommen, der Bürge auch in dem Falle gehalten sein soll, wenn die Hauptschuld in einer blos natürlichen, obgleich nicht bürgerlich vollgültigen oder klagbaren Verbindlichkeit bestehet: ad hiberi autem fideiussor tam futurae, quam praecedenti obligationi

potest, *dummodo sit aliqua* vel naturalis futura obligatio L. 6. §. 2. D. de fideiussor. In omnibus autem obligationibus adsumi possunt fideiussores, et nec illud quidem interest, vtrum ciuilis *an naturalis* obligatio sit, cui adiicitur fideiussor. §. 1. l. eod. So viel ist nun freilich aus diesen Gesetzen klar genug, daß in solchen Fällen eine Verbindlichkeit des Bürgen an sich nicht zu bestreiten sei. Es bleibt aber dabei immer noch die wichtige Frage übrig: ob und in wie ferne solches gegen den Bürgen im Wege Rechtens geltend gemacht werden könne? Im allgemeinen haben die Gesetze dieses nicht ausdrücklich reguliret, man kan aber aus den Bestimmungen, welche bei einzelnen Fällen in dieser Hinsicht vorkommen, schon manches abstrahiren; und das übrige muß die Natur der Sache, und die Analogie nach Anleitung der Rechtswoltbaten des Bürgen ergänzen. Es giebt Fälle, wo der Gläubiger gegen den Bürgen eben so wenig, als gegen den Hauptschuldener etwas ausrichten kann; wiederum aber auch andere Fälle, wo er den Bürgen in Anspruch nehmen darf, ohne sein Recht gegen den Hauptschuldener geltend machen zu können. Beides soll nunmehro besonders abgehandelt, und danächst auch die Frage untersucht werden, ob und in wie ferne der Bürge, wenn er den Gläubiger befriedigen müssen, seinen Regres gegen den Hauptschuldener zu nehmen befugt sei?

§. 113.

## §. 113.

### Von den Fällen, wo die Hauptschuld verbietenden Civilgesetzen zuwider ist.

Wird zur Gültigkeit einer Bürgschaft allemal erfordert, daß an sich eine Hauptverbindlichkeit vorhanden sein müsse: So siehet man wol, daß der Bürge dem Gläubiger zu nichts gehalten sei, wenn die angegebene Hauptschuld die Erfüllung eines Handels zum Vorwurf hat, welchen die Gesetze verboten haben; oder in der Kunstsprache zu reden, wenn obligatio principalis zu den naturalibus reprobatis gehöret. Denn in solchen Fällen ist, wie wir wissen, eigentlich gar keine, auch nicht eine natürliche Verbindlichkeit vorhanden, und daher heißt es in L. 46. D. de Fideiussoribus. *Quum* lex venditionibus occurrere voluerit, fideiussor quoque liberatur. Daß nun diese allgemeine gesetzliche Vorschrift in einigen Fällen und unter gewissen Umständen nicht füglich zur Anwendung kommen könne, ist aus besondern Verhältnissen des bürgerlichen Verbots zu erklären, worauf aber die Ausleger bei Erörterung der einzelnen Fälle nicht immer die gehörige Rücksicht genommen, und eben darum sich in manche Schwierigkeiten ohne Noth verwickelt haben. Es wird aber kaum nöthig sein, mich in das Detail der Streitigkeiten über die Verbindlichkeit des Bürgen, welcher für einen Unmündigen,

gen, oder Minderjährigen, oder gerichtlich deklarirten Verschwender u. s. w. gut gesaget, weiter einzulassen, da ich überzeugt bin, daß man die ganze Sache durch allgemeine Grundsätze völlig berichtigen, und mittelst Anwendung derselben auf jeden einzelnen Fall gar leicht aller Schwierigkeit entgehen könne. Alle sind überhaupt in der Regel einig, daß in Fällen, wo bürgerliches Verbot die Hauptschuld ungültig macht, auch die Bürgschaft an sich keine verbindende Kraft behaupten, folglich dem Bürgen eben die Behelfe und Einreden nicht versagt werden können, welche dem Hauptschuldner in solchen Fällen zustehen. 509) Nun aber giebt es bekanntlich unter den natürlich erlaubten jedoch bürgerlich untersagten Rechtsgeschäften verschiedene, wo das Verbot darauf beruhet, daß die Civilgesetze gewisse Personen **zu ihrem eigenen Besten**, von Eingehung der Rechtsgeschäfte entweder gänzlich oder zum Theil, in Rücksicht besonderer Bestimmungen, ausgeschlossen haben, wie davon oben, §. 66. die einzelnen Fälle der Reihe nach angeführt sind. In allen diesen Fällen ist keine eigentliche Verbindlichkeit des Hauptschuldners vorhanden, und folglich auch der Bürge aus der alleinigen Intercession zu nichts gehalten, weil es widersprechend sein würde, ihm die Erfüllung einer Verbindlichkeit, welche nicht vorhanden ist, aufbürden zu wollen. Kommt aber nun der besondere Umstand hinzu, daß dem Bürgen die wahre

Be-

Beschaffenheit der vorgegebenen Hauptschuld nicht verborgen gewesen, vielmehr die ganze Intercession gerade zu dem Ende geschlossen worden, um den Gläubiger wegen Ungültigkeit des Hauptgeschäftes zu sichern: So wird man es sehr billig halten, daß sodann der Bürge haften müsse; weil der Schuldner, zu dessen Besten das Verbot nur abzielet, doch immer gedeckt bleibt; folglich der Absicht des Gesezgebers in keinem Betrachte zuwider gehandelt wird. Denn der Gläubiger bekömmt durch die Bürgschaft nicht mehr Recht gegen den Schuldner, als er vorher gehabt, und da der Bürge wuste, daß der Hauptschuldner zu nichts gehalten sei: So fällt auch sein Regres gegen den leztern hinweg. Genau betrachtet ist nun freilich bei so bewandten Umständen nicht sowol eine Bürgschaft im eigentlichen Verstande zu behaupten, als es sich vielmehr einer Schenkung nähert, wenn wir Jemanden dasjenige zu bezalen versprechen, was er den Rechten nach gar nicht zu fodern hat; indessen wird man es nunmehro nicht widersprechend finden, wenn es an Einer Stelle in unsern Gesezen heist: Si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, prodigere, vel furioso fideiusserit, magis esse, vt ei non subueniatur; 510) und an einer andern: Cui bonis interdictum est non potest promittendo obligari, et ideo nec fideiussor pro eo intervenire poterit. 511) Denn dies leztere, und jede andere Verordnung, wonach die Un-

 gül-

gültigkeit der Hauptschuld in Fällen dieser Art, auch den Bürgen zu statten kommen soll, 512) bestimmet nur, was in der Regel statt findet, wenn nichts weiter, als die Intercession an sich, in Betrachtung kommt. Dagegen Ersteres unstreitig die Einschränkung bezielet, welche die Gesetze hier ausdrücklich aufnehmen, daß nämlich derjenige allerdings gehalten sein solle, welcher donandi animo die Bürgschaft übernommen; 513) das ist, dem Gläubiger dafür zu haften angelobet hat, daß wider ihn von der bürgerlichen Ungültigkeit des Hauptgeschäftes kein Gebrauch gemacht werden solle; oder nach den Ausdrücken des Papinian in L. 95. D. de solut. Si contemplatione iuris praetorii, quod minori auxilio esse potuit, fideiussit; welches freilich in dem Falle vermuthet wird, wenn der Bürge die wahre Beschaffenheit der Hauptschuld oder die persönliche Qualität des Schuldeners kennet, und nichts desto weniger die Intercession übernimmt. 514) Hievon ist nun auf einzelne Fälle sehr leicht die weitere Anwendung zu machen, z. B. ob und in wie ferne der Bürge gehalten sei, wenn die Hauptverbindlichkeit wegen des Vellejanischen Rathschlusses, 515) oder der Minderjährigkeit des Schuldners 516) nicht bestehet, imgleichen wenn die Hauptschuld von einem gerichtlich deklarirten Verschwender, 517) oder von einer Frauensperson ohne Zuziehung des, den Rechten nach, erforderlichen Curators, gewirket worden. 518)

Es

Es ist aber von dieser besondern Bestimmung in solchen Fällen kein Gebrauch zu machen, wo sich nicht behaupten lässet, daß das bürgerliche Verbot lediglich nur zum Besten gewisser Personen abziele; und wenn sich daher Jemand für verbotene Spielschulden, unerlaubten Wucher, u. s. w. verbürget hat: So ist es im Wege Rechtens völlig einerlei, ob er wissentlich in Betracht der ungültigen Hauptschuld dafür gut gesagt, oder die Beschaffenheit des Vorganges nicht gekannt habe; er ist in jedem Betrachte von aller Verbindlichkeit frei. 519)

509) Wegen klarer Vorschrift in cit. L. 46. D. de fideiussorib. Argum. L. 5. C. de Legib. L. 7. §. 16. D. de pactis, L. 178. D. de Reg. iur. VOET Comment ad Pand. Lib. 46. Tit. 1. §. 9. und 11. BRUNNEMANN ad L. 46. D. de fideiuss. SANDE Lib. 3. Tit. 1. de finit. 1. HERING de fideiussorib. Cap. 10. n. 18. sequ. SCHMIDT de fideiussore plane non obligato. Sect. 2. cap. 2. §. 148. Beiträge zur juristischen Litteratur in den Preussischen Staaten. Siebente Sammlung. Seite 79.

510) L. 15. D. de fideiussor.

511) L. 6. D. de Verbor. obligat,

512) L. 16. D. *de fideiussorib.* Fideiussor. obligari non potest ei, apud quem reus promittendi obligatus non est. L. 32. D. eod. L. 19. D. *de exceptionibus* omnes exceptiones quae reo competunt, fideiussori quoque competunt. L. 51. pr. de procurator. L. 2. §. 1. de administrat. et periculo tutor.

513) Argum. L. 9. §. 3. D. de S. C. Maced. verb. *nisi forte donandi animo intercesserunt.* L. 13. pr. D. de minoribus. Si quum scirem minorem et ei fidem non haberem, tu fideiusseris pro eo, non est aequum *fideiussori in necem meam* subueniri. L. 9. C. de Praed. et al. reb. minor. Etsi is, quem praedium rusticum minoris distraxisse affirmas, curatoris officio functus id fecit, venditio tamen contra Diui Seueri orationem facta, praesidis sententia non immerito rescissa est. Nun heißt es aber wegen geschehener Intercession sehr merklich: *Pignora sane, quae ob euictionis periculum idem curator ex rebus propriis tibi obligauit, non prohiberis persequi.*

514) *Anton* FABER Coniectur. iur. ciu. Lib. 8. Cap. 3. auch in Cod. Lib. 1. Tit. 13. Def. 1. behauptet, daß man im Zweifel nie vermuthen könne, daß der Bürge eigentlich **in Rücksicht auf das minderjährige Alter** des Schuldners gut gesagt. Nach der Meinung des DONELL Comment. iur. civ. Lib. 21. Cap. 14. und VINNII Select. Quaest. Lib. 1. cap. 2. soll dies immer vermuthet werden. Daß aber weder das eine, noch das andere durchgängig anzunehmen, vielmehr, wenn der Ausdruck des Vertrags hierüber nichts bestimmet, zu unterscheiden sei, ob das minderjährige Alter des Schuldners den Partheien bekannt gewesen oder nicht, und daß im ersten Fall die Vermuthung gegen den Bürgen eintrete; im zweiten aber nicht. Alles dieses hat gründlich ausgeführt Herr Geh. Trib. Rath HOEPFNER Diss. de Effectu restitut in integr. quoad fideiussorem. §. 9. pag. 13. Mit diesen Gelehrten stimmet auch überein Herr Hofrath SCHMIDT Diss. de restit. in integr. *num sit beneficium reale, an personale?* §. 24. 25.

515)

515) Zwar möchte es scheinen, daß hier vermöge L. 16. §. 1. D. ad S. C. Velleian. der Bürge in jedem Falle von aller Verbindlichkeit frei zusprechen sei. Eigentlich gehet aber die erwähnte Vorschrift dahin, daß dem Bürgen das Senatusconsultum zu statten komme, wenn er auch ohne Auftrag der Frauensperson sich verbürget, folglich die eigentliche Mandatsklage gegen sie nicht anzustellen hätte. Damit ist aber nicht gesagt, daß nunmehro auch in allen übrigen Fällen, wo dem Bürgen kein Regres zustehet, die Einrede des S. C. V. ihm dennoch beizulegen sei. Vielmehr ist wider denjenigen, welcher sich wissentlich für eine Schuld verbürget, die das erwähnte Senatusconsultum unverbindlich erkläret, unstreitig eine andere gesetzliche Vorschrift anzuwenden, welche selbst in Ansehung der Frauenspersonen dahin lautet: Si quum sciret, se non teneri mulier pro aliquo intercesserit, exceptio ei non datur. Actionem enim quae in dolum mulieris competit, amplissimus ordo non excludit. L. 30. D. ad S. C. V. FABER in Cod. Lib. 4. Tit. 21. Defin. 6. VOET Lib. 44. Tit. 7. §. 3.

516) *Lud. Iul. Frid.* HOEPFNER de effectu restitut. in integrum quoad fideiussorem. Giessae 1771. *Ioh. Lud.* SCHMIDT *de Restitutione in integrum: num sit beneficium reale an personale.* Ien. 1777. §. 14. sequ. *Ant. Christ.* NIEHAUS *de fideiussore minoris.* Goett. 1778.

517) I. O. WESTENBERG Dissert. 1. de caus. obligat. Cap. 4. §. 18. *Sam. de* COCCEII iur. controv. Lib. 2. Tit. 14. Qu. 32.

518) HUBER Prael. ad Instit. Lib. 3. Tit. 21. §. 3. not.

519) Das eigenthümliche der Fälle, wo das bürgerliche Verbot eigentlich nur zum besten gewisser Personen abzielet, ist bereits oben, und zwar besonders §. 77. in der Note 346. zur Gnüge entwickelt, weshalb man sich darauf hier beziehet.

## §. 114.

### Wenn das Hauptgeschäfte zwar nicht verboten, jedoch die daraus entspringende Klage nicht völlig wirksam ist.

So wie in den hieher gehörenden Fällen dem Hauptschuldner eine natürliche Verbindlichkeit wirklich oblieget: So ist auch eben dieses in Ansehung des Bürgen gar keinem Zweifel unterworfen. An sich ist derselbe unstreitig verbunden, bei ermangelnder Bezalung von Seiten des Principal-Schuldeners, dem Gläubiger die versprochene Befriedigung zu leisten. Es kommt nur darauf an: ob und in wie ferne der Anspruch des Gläubigers gegen den Bürgen im Wege Rechtens geltend gemacht werden könne? Wollte man hier bei der obigen allgemeinen Vorschrift der Gesetze stehen bleiben, daß es zur Gültigkeit der Bürgschaft hinreichend sei, wenn auch die Haupschuld nur eine blos natürliche, obgleich nicht völlig wirksame Verbindlichkeit sein möchte: So dürften hieraus Folgerungen erwachsen, die man danächst in der Anwendung keinesweges würde aufrecht erhalten können; obgleich beim ersten Anblick ein anderer

Satz,

Satz, welchen wir eben bereits ausgeführet haben, die Schwierigkeiten noch vermehren würde; die Regel nämlich, daß eine wirklich vorhandene natürliche Verbindlichkeit in bürgerlichen Gerichten allewege den Effekt behalte, welche die Civilgesetze derselben nicht ausdrücklich abgesprochen haben. Wirklich sind auch einige Rechtslehrer verleitet worden, in diesen Fällen dem Gläubiger gegen den Bürgen durchgängig eine Klage zu gestatten, obgleich dieselbe gegen den Hauptschuldner hinwegfällt. So z. B. hat man dafür gehalten, daß das Senatusconsultum Macedonianum den Gläubiger in keine Wege hindere, sein Recht wider den Bürgen klagend zu verfolgen. 520) Nun sind zwar dieser Meinung ganz bestimmte Gesetze entgegen; 521) wobei es denn freilich, was den gedachten einzelnen Gegenstand anbetrift, sein Bewenden behalten muß. Aber wie verhält es sich mit den übrigen Fällen, wo dieser Punkt durch besondere Gesetze nicht so ausgemacht ist? Da die Einschränkung des gerichtlichen Effekts natürlicher Verbindlichkeiten strenge zu erklären ist: So siehet man wol, daß dasjenige, was in Ansehung des macedonianischen Rathschlusses verordnet worden, noch nicht so fort eben darum auf alle übrige Fälle, z. B. die Verjährung, die Praeklusion, das beneficium competentiae, u. s. w. hinausgedehnt werden könne. Um daher im Ganzen diese Materie auf sichere Grundsätze zurückzuführen, muß man vor

allen Dingen auf das sonstige Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen, so wie es die Civilgesetze ein für allemal reguliret haben, Rücksicht nehmen, und danach bestimmen, ob und in wie ferne eine Rechtsverfolgung, welche wider den Schuldner nicht statt findet, dennoch gegen den Bürgen eintreten könne? Es ist bekannt 1) daß der Bürge, wenn von ihm die Bezalung gefordert wird, in der Regel verlangen könne, daß der Gläubiger zuvörderst den Hauptschuldner ausklagen solle, und daß der Gläubiger sich in dieser Hinsicht keiner Nachlässigkeit schuldig gemacht haben müsse; hieraus ergiebt sich schon Eine unläugbare Folge, welche bei dieser Materie nicht ohne Einflus sein wird, daß nämlich auch dem Bürgen die Unwirksamkeit der Hauptschuld allerdings zu statten kommen müsse, wenn solche durch des Gläubigers eigene Nachlässigkeit entstanden. 2) Da dem Gläubiger ferner obliegt, die Klage gegen den Principalschuldner an den Bürgen abzutreten: So ist nicht füglich abzusehen, wie er in solchen Fällen, wo er gar kein Recht zu klagen hat, gegen den Bürgen durchkommen könne. Endlich haben aber 3) die Gesetze ausdrücklich vorgeschrieben, daß der Bürge in der Regel eben die Ausflüchte und Einreden gebrauchen dürfe, welche dem eigentlichen Schuldener zu Hülfe kommen; 522) eine Sache, die hier ganz vorzüglich in Betrachtung kommt. Man hat aber auch dabei 4) diejenige Einschränkung

gedach-

gedachter Regel nicht ausser Acht zu lassen, welcher wir lieber mit den eigenen Worten der Gesetze anführen wollen: Exceptiones, quae *personae cuiusque* cohaerent, non transeunt ad alias; *Rei autem cohaerentes* exceptiones etiam fideiussoribus competunt. 525) Bei aller Gültigkeit also, welche die Gesetze der Bürgschaft wegen blos natürlicher Hauptverbindlichkeiten im Ganzen beilegen (§. 111.) ist doch so viel ausgemacht, daß die Frage: ob und in wie ferne der Gläubiger seinen Anspruch wegen solcher an sich gültigen Bürgschaft wirklich vor Gericht urgiren könne? dahin zu entscheiden sei: **daß in der Regel auch gegen den Bürgen nur diejenige Art der Rechtsverfolgung statt finde, worauf der gerichtliche Effekt gegen den Schuldner selbst beschränkt ist;** es wäre denn, daß die dem Hauptschuldner beigelegte Ausflucht zu jenen **blos persönlichen Einreden** gehörte, die ihrer Natur nach nicht auf andere übergehen können. 524) Wie sich dieses nun in den einzelnen Fällen näher bestätige, davon sogleich mit mehreren.

520) *Ioh. Laur.* DRECHSLER de exceptione S. C. Maced. fideiussoribus filiorum familias denegganda. Altorfii 1758.

521) L. 9. §. 3. D. de S. C. Maced. L. 7. eod. L. 11. D. de fideiuss.

522) L. 19. D. de exceptionibus.

523) L. 7. D. eod.

524) Einen richtigen Begrif davon giebt folgende gründliche Erläuterung eines helldenkenden Rechtsgelehrten: Personalis exceptio vocanda erit, cui personae ratio *sola et vnica, sine alterius causae interuentu* locum concedit; quales sunt exceptiones cessionis bonorum, rescripti moratorii, beneficii competentiae. Realis autem erit, quae vel *soli causae* absque vlla personae contemplatione, vel *personae quidem, ita tamen, vt praeterea aliud quid desideretur* conceditur; huius notae sunt exceptiones solutionis, Senat. cons. Macedon. Velleiani et restitutionis in integrum, quae dicitur aetatis. Exceptio enim Senatus consulti non filio familias unice ideo *quod sit filius*, sed quia ipsi pecunia numerata mutuo data, non feminae *tanquam tali* sed quia intercessit competit. HOEPFNER cit. Diss. pag. 3. sequ.

## §. 115.

## Fortsetzung.

Obgleich nach den im vorigen §. vorgetragenen Grundsätzen die einzelnen Fälle sehr leicht ihre nähere Bestimmung erhalten können. So wird es doch nicht undienlich sein, noch einige Bemerkungen hinzuzufügen.

1) Die Meinung eines gewissen **Drechslers**, daß die Einrede des Senat. cons. Maced. dem Bürgen gar nicht zu statten komme, 525) ist auch so auffallend falsch, daß es nur Zeitverlust sein würde, sich dabei lange aufzuhalten. 526) Nur haben die Gesetze auch hier die billige Einschränkung hinzugefügt, daß der

Bür-

Bürge, welcher die gerichtliche Unwirksamkeit der Hauptschuld wuste, und nichts destoweniger für dieselbe gut sagte, in keine Wege von solcher Einrede Gebrauch machen dürfe —. Non solum *filio familias, et patri eius succurritur, rerum fideiussori quoque, et mandatori, nisi forte donandi animo intercesserunt.* L. 9. §. 3. D. de S. C. Maced. Eine Ausname, welche nach Vernunft und Analogie der Rechte in allen den Fällen eintreten muß, wo die Hauptverbindlichkeit nicht sowol die Erfüllung eines verbotenen Handels bezielet, als nur der gerichtlichen Wirkung nach eingeschränkt ist. 2) Man hat gefragt: ob das dem Schuldener zustehende beneficium competentiae, imgleichen der ihn verliehenen Indult, auch dem Bürgen zu statten komme? Die Entscheidung kann, den Gesetzen nach, nicht anders, als verneinend sein, weil beides zu den blos persönlichen Behelfen und Rechtswolthaten gehöret, welche von der Person des Schuldners ganz unzertrennlich sind. 527) 3) Die Frage: was in Ansehung der Bürgschaft nach verjährter Hauptklage Rechtens sei? kommt eigentlich in einer zwiefachen Hinsicht zur Betrachtung. a) Bestehet die Bürgschaft, wenn schon bei Eingehung derselben die Hauptschuld bereits verjähret war? b) Kann die, nach geschlossener Bürgschaft allererst eingetretene Verjährung der Hauptklage, auch dem Bürgen zu statten kommen? Was den ersten Punkt betrift: So sagt **Voet**: Accedit

cedit

cedit fideiussor omni obligationi *nisi praescriptione iam sublata sit.* 528) Da aber die Verjährung, wie wir oben gezeigt haben, die natürliche Verbindlichkeit an sich nicht aufhebt: So läst sich auch nicht behaupten, daß die Bürgschaft gar nicht zu Recht bestehe, sondern ich glaube nach Anleitung der bisherigen Grundsätze, daß man hier folgende Fälle unterscheiden müsse: 1) Hat der Schuldner selbst nach abgelaufener Verjährungsfrist annoch einen Bürgen bestellet, ohne sich wegen der Verjährung in einem schuldlosen Irrtum zu befinden: So ist nicht abzusehen, warum diese Handlung nicht die sonstige Wirkung einer gültigen Ratihabition hervorbringen sollte, dergestalt, daß weder der Debitor, in Betracht seiner, wo nicht ausdrücklich geschehenen, doch zum wenigsten in der Handlung selbst liegenden Anerkennung der Zalungsverbindlichkeit, die Einrede der Verjährung weiter vorschützen, noch auch der Bürge sich derselben bedienen könne, weil die Hauptschuld an sich als eine natürliche Verbindlichkeit bestehet. Ein anderes wäre freilich zu behaupten, wenn gerechte Unwissenheit in Ansehung der Praescription bei der Bestellung des Bürgen obgewaltet hätte; indem sodann von dem Schuldener nicht gesagt werden könnte, daß er sich der gedachten Einrede begeben habe. 2) Hat sich der Bürge ohne Konkurrenz des Schuldners zur Intercession entschlossen, und wuste er gleichwol, daß die Hauptklage schon verjähret sei:

So

So ist er ganz unstreitig zur Zalung verbunden — nam donandi animo intercessit. 3) Wüste er aber in diesem Falle von der eingetretenen Verjährung nichts: So muß ihm auch allerdings diese Einrede, deren er sich nicht begeben hat, zu statten kommen. Selbst die Worte des **Paullus** in L. 37. D. de fideiussoribus — Si quis, postquam tempore transacto liberatus est, fideiussorem dederit, fideiussor non tenetur, *quoniam erroris fideiussio nulla est*; wenn sie gleich von der eigentlichen Verjährung nicht zu erklären sein möchten, wie wir oben bereits erinnert haben; so geben sie doch unserer Entwickelung ein Gewicht der Analogie, welches einem jeden einleuchten wird —. Daß die zweite der obigen Fragen: ob nämlich die Verjährung der Hauptklage, wenn solche **nach Eingehung der Bürgschaft** allererst abgelaufen ist, auch dem Bürgen zu statten komme? den Rechten nach nicht anders als bejahend zu entscheiden sei, ist gar keinem Zweifel unterworfen. 529) 4) Wenn über des Schuldeners Vermögen ein Konkurs ausgebrochen, der Gläubiger aber, für dessen Forderung sich jemand verbürget hat, mit seinem Anspruche praekludiret worden: So halten die mehrsten Rechtslehrer dafür, daß der Praeklusion ungeachtet, dennoch der Bürge zur Zalung angehalten werden könne, und seiner Entschädigung wegen sich beim Konkursgerichte melden müsse. 530) Ziehet man aber hiebei dasjenige etwas

näher in Erwägung, was ich schon im vorigen Abschnitte, bey Gelegenheit der hypothekarischen Klage eines praekludirten Gläubigers gegen den dritten Besitzer der Hypothek bemerket habe: So wird man sehr bald überzeugt werden, daß ohne Unbilligkeit jene Meinung nicht durchgängig anzunehmen sei. Die Gründe, worauf man sie zu stützen pflegt, erschöpfen die Sache nicht ganz. Daß der Bürge aus der erkannten Praeklusion keinen Einwand gegen den Gläubiger hernehmen könne; glaubt man daraus herleiten zu können, weil ja nach ausgebrochenem Konkurse die sogenannte exceptio excussionis wegfällt, folglich der Bürge den Gläubiger nicht an den Konkurs verweisen kann. Wenn man nun im übrigen dem Bürgen gestattet, nach geleisteter Bezahlung seinen daraus entspringenden Regres gegen den Schuldner annoch im Konkurse wahrzunehmen: So hält man dafür, daß dem Bürgen völlige Gerechtigkeit wiederfahren sei. Man bedenkt aber nicht, 1) daß, wenn auch die Einrede der Ordnung hier den Effekt nicht haben kann; daß der Gläubjger zuvörderst sein Recht im Konkurse völlig durchsetzen, und den Ausgang dieses Processes abwarten müsse, dennoch ein anderer Gesichtspunkt noch immer übrig bleibe, und allerdings dem Bürgen zu statten komme, dieser nämlich, daß der Gläubiger nicht selbst daran Schuld sein dürfe, wenn auf dem ordentlichen Wege aus dem Vermögen des Schuldners für ihn nichts

zu

zu erlangen stehet. Dessen nun nicht zu gedenken, daß Forderungen, deren Vorzugsrecht ganz evident ist, bisweilen auch noch vor Endigung des Konkursprocesses aus der Masse abgetragen werden, und folglich der Bürge allerdings mit dem Einwande zu hören sei, daß der Gläubiger, wenn er sich zur rechten Zeit gemeldet hätte, seine Befriedigung wirklich schon erhalten haben würde: So ist doch hiebei 2) vorzüglich zu erwägen daß der Bürge bei der Regresklage, die man ihm annoch in foro concursus anzubringen gestattet, durch die Schuld des Gläubigers gar sehr gefährdet werden könne. Wie, wenn selbst der Konkurs schon geendigt, und die Masse bereits vertheilet war, als der praekludirte Gläubiger den Bürgen in Anspruch nahm. Ganz unstreitig muß der leztere hier mit jenem Einwande zugelassen werden. 3) Es kommt aber auch hier ganz vorzüglich in Betrachtung, daß wenn auch im Ganzen das Konkursforum dem Bürgen wegen seines Regresses noch offen stehet, ihm dennoch besonders daran gelegen sein könne, nicht sowol seinen eigenen persönlichen Anspruch an den Schuldner, wegen der für ihn geleisteten Bezalung, als vielmehr das cedirte Recht des Gläubigers selbst im Konkurse geltend zu machen; wenn etwa einenteils dasselbe solche Praerogativen hätte, die dem blos persönlichen Rechte des Bürgen nicht zukommen, oder anderenteils der Bürge ohne diese Cession gar keine Ansprache an den Schuldner

machen könnte, z. B. wenn die Bürgschaft wider Willen des leztern übernommen worden. Nun kann aber der Bürge als Cessionarius des Gläubigers nicht im Konkurse auftreten, wenn sein Cedens schon davon ausgeschlossen ist, und gleichwol hat jener den Gesetzen nach ein vollkommenes Recht, von dem Gläubiger die völlige Abtretung der ihm zustehenden Klage zu verlangen; woraus die ganz natürliche Folge hervorgehet, daß ein praekludirter Gläubiger sich keines Weges an den Bürgen halten könne, so bald der leztere zu zeigen vermag, daß entweder die Hauptschuld, wenn sie zur gehörigen Zeit angegeben worden, bereits würde ausbezalet sein, oder daß doch wenigstens die erkannte Praeklusion dem Bürgen ein rechtliches Hindernis sei, vermöge der cedirten Hauptklage seine Entschädigung zu erlangen. 531)

525) In der beim vorigen §. angeführten Dissertation. Er beruft sich auf die allgemeine Regel, daß die Bürgschaft zu Recht bestehe, wenn die Hauptschuld auch nur zu den natürlichen Verbindlichkeiten gehöret; wobei aber ganz irrig von der an sich nicht ungültigen Bürgschaft sogleich auf den völligen gerichtlichen Effekt derselben geschlossen wird, so wie auch die Gesetze, welche er besonders für sich anführt, L. L. 7 und 25. D. de fideiussoribus, gleich beim ersten Anblicke das Unschickliche der davon gemachten Anwendung ergeben.

526) L. 9. § 3. L. 7. pr. D. de Senat. conf. Maced. L. 2. D. quae res pignori. L. 7. §. 1. D.

D. de Exceptionibus. Diese Gesetze lauten alle ganz bestimmt dahin, daß die erwähnte Einrede auch dem Bürgen zu statten komme. Dan. NETTELBLADT Diss. exceptionem S. C. Maced. etiam fideiussori competere. Halae 1785. G. A. SCHUBERTH de fideiussione pro filio familias mutuum contrahente inualida. Lips. 1723. I. L. E. PÜTTMANN probabil. iur. cap. 19. Ant. FABER Rational. ad Pand. Tit. de S. C. Maced. pag. 111.

527) Exceptiones, quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios. Veluti ea, quam socius habet, *quod facere possit*, vel parens patronusve non competit fideiussori; sic mariti fideiussor post solutum matrimonium datus *in solidum dotis nomine condemnatur.* L. 7. D. de Exceptionibus. Etsi fideiussor acceptus sit rei vel actionis, non proderit ei, si persona, pro qua fideiussit, in quantum facere possit condemnanda est. L. 24. D. de re iudicata.

Höpfner theoretisch prakt. Commentar, §. 1137. EISENHARD de fideiuss. dotis. §. 21. Mit jenen Gesetzen stimmt auch im allgemeinen überein L. 63. §. 1. D. pro Socio, nur unter der Einschränkung, daß der Bürge, so lange er noch nicht selbst aus der Bürgschaft in Anspruche genommen wird, sondern blos als Defensor des Hauptschuldners anzusehen ist, nur in id, quod facere debitor possit verurtheilet werden könne; verglichen mit L. 12. 13. 14. D. Solut. matrimonio etc. Indessen haben einige noch unterscheiden wollen, ob das beneficium dem Schuldener gleich vom Anfange zugestanden, oder nach geschlossener Bürgschaft erst beigekommen sei; da denn im ersten Falle, nicht aber im leztern, z. B. wegen geschehener Cession der Güter, auch

der Bürge sich dessen bedienen könnte. HERTIUS de transit privil. ad alios. §. 23. Wiederum sind BRUNNEMANN Comment. ad L. L. cit. MEVIUS P. 3. Dec. 150 und 261. dafür, daß dem Bürgen die Rechtswolthat der Competenz wenigstens in den Fällen, wo solche gemeinen Rechtens ist, zu gestatten sei. Es ist aber ihre Meinung gründlich widerlegt von *Io. Iac.* CELLA Diss. an Fideiubens pro persona nobili aut illustri creditori in tantum teneatur, quantum hic ob beneficium competentiae debitori lege vel obseruantia concessum accipere non potuerit. Erlangae 1784. Daß insbesondere der Indult, welcher dem Schuldner ertheilt worden, dem Bürgen nicht zu gute komme, hat ausführlich gezeigt VOET Comment. ad Pand. Tit. de Cessione bonor. §. 19.

528) VOET Comment. ad Pand. Tit. de fideiuss. §. 6.

529) VINNIUS select. Quaest. Lib. 2. cap. 10. G. A. STRUV Syntagm. iur. ciu. tit. de fideiussor. th. 47. VOET c. l. §. 36. fin.

530) SCHAUMBURG princ. prax. iudic. Lib. 2. cap. 8. §. 4. not. vlt. BRUNNEMANN *Concurs. credit.* cap. 1. §. 9. MEVIUS P. 5. Dec. 198. LUDOVICI Konkurs-Proc. Kap. 1. §. 7.

531) L. 95. §. 11. D. de Solution. Si creditor culpa sua causa ceciderit, prope est vt actione mandati nihil a mandatore consequi debeat, quum ipsius vitio acciderit, ne mandatori possit actionibus cedere. L. 21. C. de fideiussor. *Ioh. Lud.* SCHMIDT de fideiussore plane non obligato. Sect. 1. §. 20. BERGER Oecon. iur. Lib. 3. Tit. 3. Th. 12. n. 1. Die Lehre von der Praeklusion der Gläubiger. S. 65. §. 17. und 18.

§. 116.

## §. 116.

### Ob und in wie ferne der Bürge, welcher gleichwol bezalet hat, auf Entschädigung dringen könne?

Der Gegenstand, welchen wir hier zu untersuchen haben, beruhet auf zwei Fragen:

1) Ob der Bürge die Zalung, worauf der Gläubiger nicht hätte klagen können, von dem leztern selbst wieder zu repetiren befugt sei?

2) Ob und in wie ferne er seinen Regres gegen den Hauptschuldner nehmen dürfe?

Bei Erörterung der erstern Frage kommt vor allen Dingen folgender Grundsaz in Betrachtung. „So oft der Bürge es mit dem Gläu„biger zu thun hat, tritt jener der Regel nach „in alle Rechte und Befugnisse des Schuldners, „folglich kommt auch die Zurückforderung des „Gezalten in der Regel dem Bürgen in so fer„ne zu statten, als der Schuldner selbst, wenn „er bezalet hätte, dazu berechtigt sein würde. „Unsere Geseze 532) verordnen ausdrücklich: „Fideiussor rei locum obtineat, nec obliga„ri potest ei, apud quem reus promitten„di obligatus non est. Quare ex persona „rei, et quidem inuito reo, exceptio *et cae„tera debitoris commoda* fideiussori competere.„ In allen Fällen also, wo in Betracht des bürgerlichen Verbots die Hauptverbindlichkeit gänzlich

lich hinwegfällt, und die Gesetze selbst dem Schuldener die Zurückforderung des Bezalten gestatten, da ist auch diese dem Bürgen nicht zu versagen, welches nach den Grundsätzen, die wir oben §. 75. 76. und 77. vorgetragen haben, näher auf einzelne Fälle anzuwenden ist. So wie demnach z. B. eine verbotene Spielschuld, unerlaubter Wucher ꝛc. allemal von Seiten des Schuldners selbst repetiret werden kann: So muß es auch dem Bürgen frei stehen, er mag wissentlich oder aus Irrtume dergleichen Nichtschuld entrichtet haben. Gleichwie aber in andern Fällen, des bürgerlichen Verbots ungeachtet, der Schuldner dennoch von der Zurückforderung ausgeschlossen ist, wenn er wissentlich etwas bezalet, welches den Rechten nach von ihm nicht gefordert werden konnte: So ist auch der Bürge in solchem Falle nur befugt, die Zurückgabe des Bezalten zu verlangen, wenn aus einem untadelhaften Irrtum die Zalung von ihm geschehen. 533) Es kann z. B. eine Frauensperson dasjenige, was sie wissentlich gegen die Vorschrift des Vellejanischen Rathschlusses bezalet hat, nicht condiciren (§ 77.); mithin darf es auch in solcher Voraussetzung ihr Bürge nicht. Daß übrigens in den Fällen die Zurückforderung ohne allen Zweifel hinwegfalle, wo nach Anleitung des §. 113. gegen den Bürgen, welcher donandi animo intercedirt hat, sogar eine Klage statt findet, obgleich der Hauptschuldner nicht haftet, verstehet sich von selbst. 534)

534) So viel von der Bezahlung einer Hauptschuld, welche einen bürgerlich verbotenen Handel betrift.

Anlangend aber diejenigen Fälle, wo die an sich vorhandene natürliche Hauptverbindlichkeit etwa nur nicht klagbar ist: So ergiebt es der Augenschein, daß in den Verhältnissen, welche nach Anleitung des vorigen §. sogar eine Klage wider den Bürgen begründen, von Zurückforderung der dem Gläubiger geschehenen Zalung die Rede nicht sein könne. Angenommen aber, daß dergleichen Umstände nicht eintreten: So entstehet die Frage: ob der Bürge, welcher, gleich dem Hauptschuldner, nicht zu belangen war, und doch bezalete, sodann berechtigt sei, das Gegebene wieder zurück zu fordern? Man muß vor allen Dingen wol unterscheiden: ob die Zalung mit Wissen und Willen des Hauptschuldners, oder auf eigenen Antrieb und lediglich in des Bürgen Namen geschehen sei? Im ersten Falle mag der Bürge sich an den Schuldner, welcher die Zalung gewollt hat, halten; der Gläubiger ist gegen alle Repetition sicher.

535) Aber auch im zweiten Falle scheint es, daß die Zurückforderung wegfallen müste, weil der Schuldner, an dessen Stelle doch der Bürge eintritt, dazu nicht berechtigt ist. Wirklich lautet auch die gesetzliche Vorschrift dahin: Et hi tamen, qui pro filio familias intercesserunt, soluendo non repetent. Atquin perpetua exceptione tuti sunt; sed et ipse filius; et

tamen non repetit. L. 9. §. 3. D. de Senat. conſ. maced. Indeſſen muß doch die Billigkeit dem Bürgen das Wort reden, wenn er durch ſchuldloſen Irrtum veranlaſſet, die Hauptſchuld, ohne deren eigentliches Verhältnis zu kennen, abgetragen hätte, und gleichwol durch den Regres wider den Hauptſchuldner ſeine Entſchädigung nicht erreichen könnte. Denn obgleich der Schuldner ſelbſt, wenn von ihm die Zahlung geſchehen wäre, ſolche nicht repetiren könnte: So tritt doch immer bei den Bürgen noch das beſondere ein, daß er bei übernommener Intercesſion und darauf geleiſteter Zalung einen vollgültigen Anſpruch des Gläubigers vorausgeſeꜩt hat, welches ihn wol berechtigen dürfte, den Gläubiger, der ihm keine klagbare Forderung an den Schuldner abtreten kann, zur Herausgabe des empfangenen anzuhalten. In L. 59. D. de cond. indeb. wird auch der gedachte Unterſchied zwiſchen einer von dem Schuldner ſelbſt, und dem Bürgen geſchehenen Bezalung dahin beſtätigt: Si fideiuſſor iure liberatus, ſoluerit *errore* pecuniam, repetenti non oberit. Si vero reus promittendi per errorem et ipſe poſtea pecuniam ſoluerit, non repetet, quum prior ſolutio, quae fuit irrita, naturale vinculum non diſſoluit; nec ciuile, ſi reus promittendi tenebatur.

532) L. 4. §. 1. L. 16. pr. L. 32. D. de fideiuſſoribꝫ.

533) L. 47. D. de condict. indebiti.

534) VOET Comment. ad Pand. tit. de fideiussorib. §. 33.

535) *Argum.* cit. L. 47. D. de cond. iud.

## §. 117.

## Fortsetzung.

Es ist nach Anleitung des vorigen §. die zweite Frage annoch zu untersuchen: Ob und in wie ferne nämlich der Bürge, welcher eine Nichtschuld, oder ein nicht klagbares Debitum bezalet, seinen Regres gegen den Hauptschuldner nehmen dürfe? 1) Vor allen Dingen bemerket **Voet** ganz richtig: Si manifesto constet, donandi proposito quem fideiussisse, dubitari non potest, quin soluti repetitio a debitore denegari debeat. 536) 2) Hiernächst hat auch der Bürge offenbar kein Recht, sich an den Schuldner zu halten, wenn er die erfolgte Verurteilung seiner eignen Schuld beizumessen, und wenn er etwa die Einreden versäumet hat, die dem klagenden Gläubiger den Rechten nach entgegen standen. 537) Dieses abgerechnet: So ist zu unterscheiden: ob dem Bürgen ein rechtmässiger Auftrag zur Uebernehmung der Bürgschaft von Seiten des Schuldners geschehen sei, oder nicht? Im ersten Fall muß der Schuldner den Bürgen entschädigen, obgleich der Gläubiger ein wirkliches indebitum von dem Bürgen erhalten hätte, wenn nämlich, wie gesagt, der leztere bona fide dabei verfah-

ren, und ihm keine Vernachlässigung vorzuwerfen ist. 538) Denn der Schuldner kann sich der Verbindlichkeit nicht entziehen, welche durch die, zwischen ihm und dem Bürgen getroffene Vereinbarung, klar zu Tage liegt. Nur aber verstehet es sich von selbst, daß die Person des Schuldners, oder selbst schon die Beschaffenheit des Handels keinen Grund enthalten muß, weshalb der dem Bürgen gemachte Auftrag den Schuldner im Wege Rechtens nicht verbinden kann. 539) Sollte hingegen im zweiten Falle die Bürgschaft ohne Auftrag und Bewilligung des Schuldners eingegangen sein: So ist der Bürge in keine Wege befugt, wegen Bezalung einer nicht klagbaren Forderung von dem Schuldner Entschädigung zu verlangen, 540) denn die actio negotiorum gestorum, welche sonst dem Bürgen zustehet, wenn die Intercession zwar ohne Auftrag, jedoch nicht wider Willen des Schuldners geschehen, kann hier nicht statt finden; quoniam, wie Voet richtig erinnert, neque fideiubendo, neque soluendo dici potest, vtiliter negotium gessisse debitoris qui non potuit inuitus ad soluendum compelli. Und daß vollends, wenn die Bürgschaft wider des Schuldners Willen übernommen worden, der Regres gar gegen ihn wegfalle, ist ohnehin klar, weil ja die Cession der Klage des Gläubigers, ohne welche der Bürge hier gar nicht gehöret wird, 541) gänzlich cessiret. Noch eine Frage verdient hiebei insbesondere erwogen zu werden.

Wir

Wir haben bereits bemerkt, daß der Bürge in der Regel dem klagenden Gläubiger eben dieje- nigen Einreden entgegen stellen könne, welche dem Hauptschuldner zustehen, daß jedoch davon die ganz persönlichen Rechtswolthaten, welche von dem Schuldner nicht auf andere übergehen können, billig auszunehmen sind. Gesetzt nun, daß der Bürge dem Gläubiger alles bezahlen müssen, da doch dem Schuldner ein Indult, oder die Rechtswolthat der Kompetenz zukam: So entstehet die Frage: ob der Schuldner in der Folge der Regresklage des Bürgen die ge- dachten Ausflüchte ebenfalls entgegen setzen kön- ne? Man hat diese Frage bejahend entschie- den, 542) wiewol ich glaube, daß es auf den Unterschied ankomme: ob dem Schuldner die er- wähnten persönlichen Rechtswolthaten über- haupt und durchgängig gegen alle seine Gläubiger beigelegt sind; oder nur in Rück- sicht gewisser einzelner Ansprüche. In dem ersten Falle kann er mit Recht auch dem Bürgen dergleichen Einrede entgegen stellen; und in diesem Betrachte urteilet Voet sehr richtig: quo beneficio debitor vti alios repel- lit creditores, ita et fideiussorem iam excus- sum; vt pote qui iam caepit debitoris prin- cipalis creditor esse. In dem zweiten Falle hingegen, wo die Einrede oder Rechtswolthat sich auf besondere Klagen beschränket, z. B. das beneficium competentiae, welches einem Ge- sellschafter gegen den andern, ingleichen dem

Ehe-

Ehemann in Ansehung des Brautschatzes zustehet, kommt natürlich der bekannte Grundsatz zur Anwendung, daß dergleichen singulaire Rechte strenge zu erklären, und nicht von einem Fall auf andere auszudehnen sind; folglich kann auch dem Schuldner, wenn er selbst den Bürgen bestellet hat, und dahero actione mandati auf Entschädigung belangt wird, unmöglich die Ausflucht gestattet werden, welche sich, als ein ius singulare, lediglich nur auf die Klage pro socio etc. beschränket. Vielmehr ist hier offenbar der Unterschied zu machen, ob der Bürge 1) in dem Falle sei, daß er lediglich nur mittelst abgetretener Klage des Gläubigers seinen Regres gegen den Schuldner nehmen könne, weil die Intercession wider Willen des Schuldners geschehen? Hier muß der Bürge, als Cessionar, unstreitig diejenigen Einreden wider sich gelten lassen, welche seinem Cedenten entgegen stehen; 543) oder ob er 2) blos durch die actionem negotiorum gestorum seinen Regres zu suchen habe, da er zwar nicht gegen des Schuldners Widerspruch, jedoch ohne dessen Einwilligung die Bürgschaft unternommen? Hier kann die Einrede der Kompetenz u. s. w. dem Bürgen gleichsfals opponirt werden; denn wenn es gleich eine andere Klage ist, als diejenige, wogegen eigentlich die Ausflucht gestattet worden: So kann doch der Bürge nicht behaupten, daß er im rechtlichen Verstande den Nutzen des Schuldners befördert habe, da er

mehr

mehr bezalet, als wozu der Schuldner im Wege Rechtens gezwungen werden konnte; oder ob endlich 3) der von dem Schuldner selbst bestellte Bürge durch die actionem mandati seine Entschädigung verfolge? Hier können, in Betracht obiger Gründe, ohne Ungerechtigkeit dem Schuldner die erwähnten Behelfe nicht gestattet werden.

536) VOET Comment. ad Pandect. Tit. de fideiussorib. §. 33. L. 4. D. L. 12. C. de Negot. gest.

537) L. 67. D. de fideiussoribus. Quia iniuriam, quae tibi facta est, penes te manere, quam ad alium transferri aequius est; scilicet, si culpa tua iniustae damnationis causam praebuisti. L. 10. § 12 D. mandati. Si fideiussor eam omiserit exceptionem, qua reus vti potuit, *si sciens id fecit*, non habiturum mandati actionem. L. 10. in fin. C. eod. MEVIUS P. 2. Dec. 289. P. 3. Dec. 341. *Ant.* FABER Cod. Lib. 8. Tit. 27. Def. 10. VOET c. l.

538) L. 47. D. de condict. indeb. L. 29. pr. D. Mandati, vorzüglich in den Worten: Pari ratione etsi aliqua exceptio debitori competebat, pacti forte conuenti, vel cuius alterius rei, *et ignarus* hanc exceptionem non exercebit, dici oportet ei mandati actionem competere; Potuit enim, atque debuit reus promittendi certiorare fideiussorem suum, ne forte ignarus soluat indebitum. MEVIUS cit. l.

539) VOET tit. de fideiussorib. § 33. Cessat quoque repetitio, si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate, vel sciens ex mandato adolescentis luxuriosi pro meretrice fideiusserit; quia similis

lis est ei, qui perdituro pecuniam sciens crediderit. L. 12. §. 11. D. Mandati.

540) VOET ibid. Cessat repetitio, si quis sine mandato pro eo, qui tantum naturaliter ex pacto obligatus erat fideiusserit, quum ita, *neque fideiubendo neque soluendo videri possit vtiliter negotium gessisse debitoris, qui non potuit inuitus ad soluendum compelli.*

541) HELLFELDT iurisprud. forens. §. 1918. 19.

542) *Ioa. Iac.* CELLA in der oben Not. 527. angeführten Dissertation. Imgleichen VOET tit. de cessione bonorum. §. 19.

543) Man pflegt zwar von der sonstigen Regel, daß der Cessionar alle Einreden des Schuldners, welche dem Cedenten entgegen stehen, auch wider sich gelten lassen müsse, L. 20. §. 1. D. L. 4. et vlt. C. de Compensat. LENZ de nominibus et action. cessis. Cap. 32. eine Ausnahme zu machen, wonach unser Satz gewissermassen bedenklich werden dürfte. BERGER Oecon iur. Lib. 3. Tit. 5. th. 5. n. 10. sagt: Exceptiones, quae obstant cedenti, cessionario etiam obstare, scilicet 1) facti, 2) reales iuris, *non item personales*, cuiusmodi est exceptio doli, vt pote quae ex persona cedentis cessionario opponi nequit; siquidem cessio facta sit ex causa onerosa; secus si ex causa lucrativa. Man sehe auch LENZ l. c. Cap. 33. Seite 402. **Schmidt praktisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden.** §. 866. Solchemnach möchte es scheinen, daß der Schuldner die Rechtswohlthat der Competenz, in so ferne solche lediglich nur das persönliche Verhältnis zwischen ihm und dem Gläubiger beziehet, dem ex iure cesso klagenden Bürgen nicht entgegenstellen könne, indem

der

der leztere gegen Bezalung der Hauptschuld, mithin nicht aus einem lukrativen Titel die Abtretung der Klage erhalten hat Allein die Geseze, worauf man jene Ausname zu stützen pflegt, L. 4. §. 29. und 31. D. de Doli mali et metus except., womit man aber die vorhergehenden Stellen §. 27. und 28. ibid. zu verbinden hat, reden lediglich nur von der exceptione doli mali, wie solches die ausdrückliche Worte in §. 27. noch näher bestimmen. Rei quidem cohaerentem exceptionem emtori nocere, eam autem, quae ex delicto personae oriatur, nocere non oportere. Es stehet also sehr zu zweifeln, ob es überhaupt schicklich sei, im Ganzen alle exceptiones personales unter jene Ausname zu bringen, und die exceptio doli gleichsam nur als ein Beispiel anzuführen, da doch die Vorschrift des Gesetzes von dieser nur alleine redet. Vielmehr wird obige Regel allemal ihre Anwendung finden, wenn keine ausdrückliche Einschränkung gezeigt werden kann, mithin auch unsere Behauptung desto weniger Zweifel leiden, je unleugbarer der Grundsatz ist, daß durch die Cession des Schuldners Zustand nie verschlimmert werden dürfe.

WERNHER P. I. Obs. 338.

LEYSER Spec. 78. med. 9.

# Zehnter Abschnitt.

## Ueber den Eid.

### §. 118.

### Einleitung.

Mit dem Eide haben wir uns hier blos in Rücksicht auf die Frage zu beschäftigen: Ob Rechtsgeschäfte, welche nach Vorschrift der Civilgesetze entweder ganz ungültig sind, oder doch den völligen gerichtlichen Effekt nicht haben, durch eidliche Angelobung aufrecht erhalten und klagbar werden können? Der Eid ward eingeführt, wahre Verbindlichkeiten und die Beobachtung der Gesetze zu sichern, nicht aber die Verletzung derselben vertheidigen, oder gar vervielfältigen zu helfen. Am wenigsten sollte dieser Misbrauch und Entheiligung des Eides unter Christen statt finden. Wenn wir aber die Geschichte und Erfahrung zu Rathe ziehen; wenn wir die Achtung, worin bei den Heiden der Eidschwur gestanden, mit dem leichtsinnigen Spielwerke, welches heutiges Tages in und ausser Gerichte damit getrieben wird, vergleichen; wenn wir die Grundsätze der römischen Rechtsgelehrten, und die Spitzfindigkeiten christlicher Casuisten, sammt den Lehren des päbstlichen Rechts gegen einander halten: So werden wir

wir nicht umhin können, zu gestehen, daß der Heide in diesem Punkte den Christen gar sehr beschäme. Man hat indessen neuerer Zeit über die Abstellung dieser Misbräuche viel geschrieben, und überhaupt die Sache von vielen eingeschlichenen Irrtümern zu reinigen gesucht. 544) Vorzüglich aber hat der verdienstvolle Herr Prof. **Malblanc** in seiner vortreflichen Abhandlung über den Eid 545) die Materie auch in Rücksicht auf unsern Gegenstand so erschöpft, daß wir den Leser zu befriedigen hoffen, wenn wir uns auf einige Erläuterungen, deren Nachtrag uns nöthig schien, einschränken, und im übrigen zur weitern Ausfüllung dessen, was wir der Vollständigkeit halber nicht ganz unberührt lassen könnten, uns auf den erwähnten Schriftsteller beziehen werden.

544) **Versuch über wichtige Wahrheiten zur Glückseligkeit der Menschen, von einem redlich gesinnten Schweizer**, 1768. Diese wolgerathene Schrift ist überhaupt gegen die eingeführten Eidschwüre, sowol bürgerliche als Religions-Eide, gerichtet. Da aber der Verfasser in Verwerfung der Eide vielleicht zu weit gehet, so ist nicht undienlich, folgende Schrift damit zu verbinden:

Joh. Balthasar **Kölbeln**, **beider Rechten Doktor, von der Zulässigkeit der Eide nach den Grundsätzen des neuen Bundes und nach Anleitung des griechischen Textes.** Frankfurt am Mayn 1767. Ferner gehören hieher: **Abhandlung über den Eid, zur Verbesserung der Sitten und Beför-**

derung des Credits, aus dem Englischen übersetzt. Braunschweig 1767. *G. Henr.* AYRER de abusu iuramentorum e republica proscribendo. Goettingae 1741. Ueber die Eide; in den vermischten Abhandlungen über einige Gegenstände der Gesetzgebung und Rechtsgelahrheit. 1stes Stück, Leipz. 1779. F. W. Oesfeld über die Eidesleistungen. Berlin 1779. Ueber den Eid in den Ephemeriden der Menschheit. 1783. 9tes Stück, p. 270. Ueber die Wirkungen und Misbräuche der Eide. Elbing 1785. Flavius (Joh. Gottfr. Steinhäuser) vom Eide. Leipzig 1785.

545) *Iul. Frid.* MALBLANC doctrina de iureiurando. Norimbergae 1781.

## §. 119.

### Ueber die Wirkung des Eides bei Rechtsgeschäften, die nach Vorschrift der Civilgesetze entweder ganz ungültig sind, oder doch wenigstens den völligen gerichtlichen Effekt nicht haben.

Daß der blosse Eid an sich keine neue Verbindlichkeit hervorbringe, sondern lediglich nur ein accessorisches Mittel sei, die Erfüllung einer wirklich vorhandenen Verbindlichkeit zu sichern, daß Handlungen, welche wiedrrechtlich und unerlaubt sind, durch den Eid nie gerecht werden, daß mithin auf der einen Seite der Eid den Schwörenden nicht binden könne, ein Geschäfte

zu erfüllen, oder etwas zu leisten, welches den Gesetzen zuwider ist; und daß auf der andern Seite der vermeinte Gläubiger durch die eidliche Zusage kein Recht erhalte, was die Gesetze ihm an sich gänzlich absprechen; alles dieses sind Sätze, die man nicht bestreiten kann, ohne selbst mit dem Begriffe des Eides in Widerspruch zu gerathen. 546) Ein an sich unverbindliches Versprechen bleibt daher ein solches, wenn es auch eidlich geschiehet. Da aber in den Fällen, wo die Partheien nicht sowol verbietenden Gesetzen zuwider gehandelt, als vielmehr nur einen Handel geschlossen haben, dem die Gesetze den völligen gerichtlichen Effekt nicht gestattet wissen wollen, das wirkliche Dasein einer Verbindlichkeit an sich nicht zu bezweifeln ist; da es ferner bei manchen verbietenden Vorschriften der Gesetze, welche diese oder jene Personen zu ihrem eigenen Besten von gewissen Rechtsgeschäften ausschliessen, vielfältig zutreffen kann, daß nach individuellen Verhältnissen Rechte und Verbindlichkeiten durch den Handel gewirkt werden, obgleich in bürgerlichen Gerichten keine Rücksicht darauf zu nehmen ist: (§. 70.) So muß auch in solchen Fällen der Eid unstreitig diejenige Wirkung haben, welche jede eidliche Zusage an sich mit sich führet; das ist, obgleich der Eid keine neue Verbindlichkeit hervorbringt: So soll und kann er doch dem Schwörenden die Erfüllung der vorhandenen Pflicht angelegener machen; weil er uns auf

die höchsten und triftigsten Bewegungsgründe zur Treue und Redlichkeit zurückführet. Wenn also das Naturrecht uns belehrt, daß der promissarische Eid eine vorhandene Verbindlichkeit verstärke, und daß der Meineidige sich einer zwiefachen Ungerechtigkeit gegen andere schuldig mache, indem er einmal sein Versprechen nicht erfüllet, und hiernächst dem andern ein gerechtes Sicherheitsmittel vereitelt: 546) So gebe ich auch gerne zu, daß dieses alles in dem Falle zutreffe, wenn ein Minderjähriger eidlich angelobt, einen bürgerlich ungültigen Handel, von dem er aber in seinem Gewissen überzeugt ist, daß er ihn halten müsse, (§. 70.) zu erfüllen; wenn eine Frauensperson sich eidlich verbürget, oder ohne Curator eine eidliche Zusage leistet; wenn ein filius familias die Wiederbezahlung einer Geldanleihe mittelst Eides verspricht; u. d. m. Wie stark aber auch immer die Verbindlichkeit einer solchen eidlichen Zusage an sich selbst betrachtet seyn mag: So ist und bleibt es doch nunmehro eine ganz andere Frage; ob und in wie ferne sie auch in bürgerlichen Gerichten wirksam sei? Die Angelegenheiten unsers Gewissens gehören nicht für das menschliche forum, weil der Mensch nicht sichere data genug hat, um über das Gewissen anderer urtheilen und entscheiden zu können; sondern hier kommt es darauf an, ob wir nach Vorschrift der Gesetze und des äussern Zwangrechts zureichende Gründe haben, um behaupten zu dürfen, daß die

eidliche Zusage einem an sich ungültigen, oder nicht gänzlich wirksamen Handel die völlige Rechtskraft verschaffen könne, versteht sich ohne Erinnerung, daß hier von dem Falle die Rede nicht sei, wenn das eidliche Versprechen in der Folge unter solchen Umständen geschiehet, wo den Rechten nach durch Genehmigung eine vollgültige Verbindlichkeit erwachsen kann. Denn da würde nicht sowol der Eid, als vielmehr die alleinige Ratihabition das Geschäfte klagbar machen. Dieses also zur Zeit noch bei Seite gesetzt; So lehrt uns die Natur der Sache, daß der Eid an sich keinen Grund enthalte, weshalb die bürgerliche Sanktion in Ansehung des Handels ihre Anwendung verlieren sollte. Denn dadurch, daß das Geschäfte mit einem Eide bestätiget worden, werden ja die Verhältnisse und Ursachen nicht aufgehoben, wodurch der bürgerliche Gesetzgeber veranlaßt worden, den Handel als ungültig zu verwerfen, oder ihm den völligen gerichtlichen Effekt zu versagen. Der Minderjährige, welcher ohne Vormund eidlich kontrahirt, ist doch immer ein Minderjähriger, und der Leichtsinn, der ihn zu dem Handel an sich verleitet, kann auch beim Eide obwalten; Eben der Nachtheil, welcher jungen Leuten durch die Geldanleihen, durch das borgen wider die Kreditedikte zugefügt werden kann, ist darum nicht weniger zu befürchten, weil ein verschmizter Wucherer sich mit einem eidlichen Wechsel zu prospiciren gewust hat. So

 lange

lange wir also bei den allgemeinen Gründen des Vernunftrechts stehen bleiben, so lange ist auch die Folgerung über alle Zweifel hinweg, daß der Eid, als solcher, nie ein Rechtsgeschäfte vollgültig machen könne, wenn es sonst nach Vorschrift der Gesetze nicht völlig wirksam ist; und obgleich, wenn der Schuldner sein Gewissen zu Rathe ziehet, ihn billig nichts abhalten sollte, seinem Versprechen genau nachzukommen: So kann doch alles dieses den Richter nicht ermächtigen, von der einmal durch Gesetze bestimmten Rechtspflege blos des Eides wegen eine Abänderung zu machen. Ja die Vernunft belehrt uns noch weiter, daß es sogar ganz verkehrt und zweckwidrig sein würde, wenn der Gesetzgeber einem jeden frei stellen wollte, seine zum besten des Staats abzweckende Vorschriften durch Eidschwüre zu vereiteln. Denn entweder die Gesetze, welche der Eid unanwendlich machen soll, taugen im Grunde nicht, oder sie sind gut, und dem Zweck des Ganzen angemessen. Im ersten Fall sollte man sie abschaffen, oder wenigstens besser modificiren, so wäre es nicht nöthig, den Eid, als ein Mittel gegen die durch Gesetze selbst autorisirte Chikanen, herbei zu rufen —. Im zweiten Falle ist es ein offenbarer Unsinn, das Ansehen und die Gültigkeit der Gesetze dem Willkühr der Parteien Preis zu geben; und der schändlichste Misbrauch einer nach Vernunft und Religion überaus heiligen Sache, wenn der Eid dazu

angewendet werden darf, um dasjenige, was gute Ordnung aufrecht erhalten soll, wieder rückgängig zu machen, ja es ist unvermeidlich, daß nicht durch diesen Misbrauch allmälig eine Leichtsinnigkeit gegen den Eid überhaupt einreissen sollte, wobei am Ende der politische Zweck, welchen der Eid befördern soll, aber nicht anders befördern kann, als wenn die Heiligkeit desselben bei den Unterthanen in der höchstmöglichsten Achtung und Ehrfurcht stehet, gänzlich verfehlet, wohl aber statt dessen eine Geringschätzung des Eides, und eine Gleichgültigkeit dagegen veranlasset wird, welche auf Sittlichkeit und religiose Denkungsart des Volks überhaupt den nachtheiligsten Einflus hat.

545) Eidschwüre, schreibt Moses Mendelssohn über religiose Macht und Judenthum Seite 70. erzeugen keine neue Pflichten. „Die „feierlichste Anrufung Gottes zum Zeugen der „Wahrheit, giebt und nimmt kein Recht, das „nicht ohne dieselbe schon da gewesen; legt dem „Anrufenden auch keine Verbindlichkeit auf, die „ihm nicht auch ohne dieselbe schon obliegt. Sie „dienen blos, das Gewissen der Menschen, wenn „es etwa eingeschläfert seyn sollte, aufzuwecken, „und auf das aufmerksam zu machen, was der „Wille des Weltrichters schon so von ihm fordert.„ --- Die in den finstern Zeiten des Aberglaubens aufgekommene Lehre, daß der Eid eine neue Verbindlichkeit und zwar gegen Gott hervorbringe, eine Quelle der abscheulichsten Misbräuche, hat indessen viele Anhänger gefunden, bei denen man mehr Aufklärung hätte vermuthen sollen. z. B. GROTIUS I. B. et P.

 Lib

Lib. 2. cap. 13. §. 14. behauptet, daß ein erzwungener Eid verbindlich sei. Etsi enim, sagt er, personae ius deficiat, *cum Deo tamen negotium est*, qua de caussa iuramentum voti nomine nuncupatur. Man sehe dagegen *Gottl. Bened.* HOFFMANN de iurisiurandi obligatione accessoria. Lips. 1762. AYRER de abusu iuram. pag. 49. I. H. BOEHMER Iur. Eccles. Protest. Lib. 2. Tit. 24. §. 12. MALBLANC de iureiurando. §. 10.

546) Höpfner Naturrecht. §. 104.

## §. 120.

## Fortsetzung.

Was nun solchergestalt aus der Natur der Sache als klare Folge hervorgehet, dazu darf der Richter nicht erst durch positive Vorschriften angewiesen werden; sondern es genügt, wenn ihm nur nicht das Gegentheil in den Civilgesetzen zur Pflicht gemacht worden.

Diese Betrachtung kann uns bei Erörterung der Frage: wie sich die Sache eigentlich nach den in Deutschland geltenden positiven Rechten verhalte? nicht nur vieles erleichtern; sondern auch manche Irrtümer vermeiden helfen. Wird zuvörderst gefragt: Ob nach römischen Rechten der Versprechungs-Eid dem Geschäfte einen gerichtlichen Effekt beilegen könne, den dasselbe sonst nicht hat? So ist diese Frage durchaus zu verneinen, 547) gesetzt auch, daß unser Korpus Juris keine einzige Stelle enthielte, worin aus-

ausdrücklich verordnet wäre, daß der Eid den Handel nicht wirksamer machen solle. Denn so lange uns keine bestimmte Vorschriften vom Gegentheil überführen, ist billig anzunehmen, daß der Gesetzgeber es bei dem habe bewenden lassen, was die Grundsätze des Vernunftrechts hierüber bestimmen. Kann man nun dieses noch überdem durch einzelne Gesetzstellen bestärken: So ist es desto besser; nur sollte man hievon den ganzen Beweis der Sache nicht allein abhängig machen, und dadurch selbst die Schwierigkeiten veranlassen, welche unvermeidlich sind, wenn etwa solche Stellen nicht so ganz allgemein lauten, daß man sie als Regeln für alle Fälle anzusehen hätte. Daß z. B. der simple Vertrag (pactum nudum) nach römischen Rechten durch den Eid nicht klagbar werde, ist eine Sache, die an sich ihre Richtigkeit hat, obgleich die besondern Gesetze, woraus Herr **Malblanc** dieses beweisen will, ihm eigentlich nicht zu statten kommen. 548) Geht man aber, wie gesagt, von dem Grundsatze aus, daß unsere Civilgesetze in diesem Stücke keine ausdrückliche Abänderung dessen, was die gesunde Vernunft an sich schon mit sich bringt, enthalten. 549) So kann danächst von jenen bestimmten Vorschriften zur nähern Erläuterung der Sache ein gar guter Gebrauch gemacht werden: So ausgemacht nun die Sache in Grundlage des römischen Rechts auch ist: So sehr hat man sich doch in der Folge durch ge-

wisse Grundsätze des päbstlichen Rechts von der rechten Bahn verleiten lassen. Da nämlich die heiligen Väter es ihren Absichten zuträglich hielten, den Satz, daß durch jeden Eid eine besondere Verbindlichkeit gegen Gott erzeugt werde, sammt einer Menge freilich sehr widersinniger Folgen daraus in Gang zu bringen; so hat dieses bekanntlich unendlich viele Verwirrung in der Theorie sowol, als in der Anwendung veranlasset. Zuvörderst ist durch Vorschub dieser geistlichen Grundsätze die bekannte Konstitution des Kaisers **Fridrich** I. (authent. Sacramenta puberum) in das römische Gesetzbuch eingeflossen, und man hat in der Folge fast allgemein angenommen, 1) Daß das kanonische Recht in diesem Betrachte dem römischen durchgängig vorgehe. 550) 2) Daß aber nach Anleitung des geistlichen Rechts, in dem Falle, wenn Geschäfte, die den bürgerlichen Rechten nach ungültig sind, mit einem Eide bestärket worden, zu unterscheiden sei, ob der sonst unwirksame Handel zu den absolut verbotenen gehöre, oder ob die bürgerliche Ungültigkeit nur **zum Besten** des Schwörenden abziele? da denn zwar im Ersten Fall das Geschäfte, des Eides ungeachtet, nicht bestehen, wol aber im Zweiten Falle der Eid die Wirkung haben soll, daß derjenige, welcher ihn geleistet, an sein Versprechen gebunden, und die Gültigkeit desselben zu bestreiten, nicht weiweiter befugt sei. 551) Es herrschen indessen

selbst

selbst unter den Rechtsgelehrten, welche im Ganzen das Ansehen des kanonischen Rechts in diesem Punkte auch bei den Protestanten nicht bestreiten, dennoch, wenn es auf nähere Anwendung und Bestimmung in den einzelnen Fällen ankommt, so mancherlei verschiedene Meinungen, daß eben dadurch auch der Gerichtsgebrauch sehr ungewiß, und überhaupt die Rechtspflege äusserst schwankend und unsicher geworden. Ein ganz natürlicher Anlaß dazu ist unstreitig darin zu setzen, daß die Stellen des päbstlichen Rechts, welche dem ganzen Lehrgebäude zur Grundlage dienen sollen, die Sache nicht allgemein, und bestimmt genug umfassen; welches zwar auf der Einen Seite häufig genutzt worden, um die Lehren des Vernunftsrechts gegen den Aberglauben in Schutz zu nehmen: aber auch auf der andern Seite zu allerhand verdrehenden Deutungen Gelegenheit gegeben, um die Vernunft unter den heiligen Einfällen des römischen Bischofs gefangen zu halten. Eigentlich haben wir keine ganz bestimmte Vorschrift des kanonischen Rechts, worin jene Dinstinktion unter Geschäften, die absolut verboten, und solchen, die nur zum Privatbesten der Parteien ungültig sind, mit ausdrücklichen Worten als allgemeine Regel festgesetzt worden, um darnach die Wirkung des Eides **in allen Fällen** zu bestimmen. Vielmehr ist in den Stellen, worauf die ganze Lehre gestützt wird, 552) nur von zwei einzelnen Materien,

terien, von der sonst ungültigen Veräusserung eines Dotal Grundstücks, und der, nach römischen Rechten unverbindlichen Entsagung einer künftigen Erbschaft die Rede. Daß nun die päbstliche Sanktion, wonach diese Geschäfte durch den Eid aufrecht zu erhalten sind, auch in allen übrigen Fällen, wo der Eid mit den bürgerlichen Gesetzen in Collision geräth, gleichfalls zur Norm dienen solle, daß sagen die Verordnungen selbst nicht, sondern nur die Ausleger halten sich zu dieser Extension, nach Anleitung eines Lehrsatzes berechtigt, den der Pabst blos als einen Grund jener speciellen Verordnung anführt, wenn er sagt: Mulieres ipsae seruare debent huiusmodi iuramenta sine vi et dolo sponte praestita, quam in alterius praeiudicium non redundent, *nec obseruata vergant in dispendium salutis.*

547) MALBLANC de iureiurando. §. 79 sequ.

548) L. 6. und 7. §. 16. D. de pactis. In Ansehung der leztern Stelle ist die Richtigkeit der Lesart von einigen bezweifelt worden. CUIACIUS Lib. 1. Obseruat. Cap. 24. dieser erläutert die Worte: *iusiurandum de hoc adactum ne quis agat,* sehr zutreffend, und zeigt überhaupt, daß hier von solchen Handlungen die Rede sei, welche dergestalt den Gesetzen zuwider sind, daß keine Privatdisposition dagegen statt finden könne, wohin doch das pactum nudum, in dessen Rücksicht Herr Malblanc diese Gesetze als Beweisstellen anführet, gar nicht gehöret.

549) Man hat zwar dergleichen in L. 1. C. Si aduersus vendit antreffen wollen, jedoch ohne Grund, wie Malblanc Seite 330. bündig dargethan hat. Vielleicht kann auch dasjenige, was wir oben §. 72. von der Verbindlichkeit der Minderjährigen überhaupt vorgetragen haben, die Sache noch etwas näher erläutern.

550) *Iust. Henning.* BOEHMER in iure ecclesiast. Protestant. Lib. 2. Tit. 24. §. 23.

551) I. A. HELLFELDT iurisprud. forens. §. 341. BOEHMER c. l. §. 24. sequ.

552) Cap. 28. X. de iureiurando. Cap. 2. de pactis in 6to.

## §. 121.

### Die Vorschriften des kanonischen Rechts haben zu vieler Verwickelung der Sache und zu unendlichen Streitigkeiten der Rechtsgelehrten Anlaß gegeben.

Da nun solchergestalt die Vorschriften des kanonischen Rechts, wenn man sie genauer nachsiehet, noch so manches unbestimmt lassen, und hiernächst auch die im vorigen §. erwähnte Distinction, worauf die Ausleger alles zurückführen, in der Anwendung vielen Schwierigkeiten unterworfen ist: So hat es denn freilich wol nicht fehlen können, daß in jeden einzelnen hieher gehörigen Materien die Wirkung des Eides noch immer ein Gegenstand juristischer

scher Zänkereien geblieben sei. 553) Es ist merkwürdig, wenn selbst von Jesuiten behauptet wird, daß die Vorschriften des Pabstes gar nicht die Absicht hätten, dem Eide in solchen Fällen eine gerichtliche Wirkung beizulegen; sondern daß sie nur dem Schwörenden eine Gewissenspflicht einschärfen sollten. 554) Dieses nun bei Seite gesetzet, da uns die ganze Fassung der päbstlichen Verordnungen vom Gegentheile überzeugt: So verdienen doch diejenigen Folgerungen schon mehrere Aufmerksamkeit welche man aus dem Grundsatze abgeleitet hat, daß wenigstens bei obigen Stellen des kanonischen Rechts die strengste Erklärung eintreten müsse. Vermöge dieses Grundsatzes, welcher überhaupt genommen, allerdings hier anwendlich ist, hat man bei Geschäften, die sonst nicht zu Recht bestehen, dem Eide nur den Effekt beilegen wollen, daß dem Schwörenden zwar nicht zu gestatten sei, die Aufhebung des Geschäftes mittelst einer Klage zu urgiren, daß aber, wenn der Handel noch nicht erfüllt sein sollte, der Schwörende blos des Eides wegen nicht belanget werden könne, um dasjenige zu erfüllen, wozu ihn die bürgerlichen Gesetze sonst nicht gezwungen wissen wollen. Diese Meinung hat angesehene Vertheidiger, 555) aber auch eben so bewährte Gegner gefunden. 556) Bei einer solchen Uneinigkeit gerade über diejenigen Vorschriften des kanonischen Rechts, welche den Hauptgrund der Entscheidung in allen

allen hieher gehörenden einzelnen Fällen enthalten sollen, ist es nun sehr leicht zu erachten, daß man vollends in ein Labyrinth von Controversen gerathen werde, sobald man sich die Mühe nimmt, etwas näher ins Detail zu gehen, und in den besondern Fällen über des Eides Wirkung die Auslagen zu Rathe zu ziehen. Obgleich fast alle überhaupt darin einig sind, daß Verträge und Geschäfte, die nicht sowol zum Besten gewisser Personen ungültig, als vielmehr an sich schon den Rechten nach verboten und unerlaubt sind, keinesweges durch den Eid gültig werden können: So hat es doch Rechtsgelehrte gegeben, welche behauptet haben, 1) daß eine aus verbotenen Spielen herrührende Forderung durch den Eid rechtsbeständig werde; 557) wiederum andere 2), welche das Versprechen unerlaubter Zinsen verbindlich und wirksam halten, wenn es eidlich geschehen; 558) und obgleich unter denen Fällen, wo das Beste gewisser Personen freilich bei der Gesetzgebung zum Grunde liegt, insbesondere die Frage: ob und in wie ferne 3) ein Minderjähriger sich der Rechte seines Alters bedienen könne, um einen Handel anzufechten, den er eidlich getroffen? am wenigsten streitig sein sollte, weil doch darüber in der bekannten auth. Sacramenta puberum eine besondere Konstitution vorliegt: So darf man doch nur die gelehrte Abhandlung des berühmten Herrn Tribunal-Assessors Quistorp über diesen Gegen-

stand zur Hand nehmen, um sich zu überzeugen, wie viel hier noch in der Theorie sowol, als in der Praxis unausgemacht und schwankend sei. 559)

553) Ueberhaupt sind hier ausser der gründlichen Ausführung des Herrn Prof. **Malblanc**, folgende Schriften zu merken: *Polyc. Mich.* RECHENBACH de vi et efficacia iuramenti promissorii et confirmatorii ad ductum. Cap, 28. X. de iureiurando. Alt. 1688. *Iac. Frid.* LUDOVICI de intellectu Brocardici vulgaris: *omne iuramentum seruandum esse, quod salua salute aeterna seruari potest.* Halae 1705. *Iac. Frid.* KAYSER de efficacia iurisiurandi in actibus inualidis et illicitis. Giessae 1736. *Ioa. Mich.* ROTERMUND de iuramento actibus inualidis adiecto. Erford. 1737. **Christian Friederich Schorcht** von der Ungültigkeit des Eides bei ungültigen Verträgen. Jena 1786. welche leztere Abhandlung sich mehr durch geschichtliche Darstellung der verschiedenen päbstlichen Kunstgriffe in Ansehung des Eides, als durch theoretische Entwickelung der Sache selbst auszeichnet.

554) Man sehe *Iust. Henning.* BOEHMER I. E. P. Lib. 2. Tit. 24. §. 33.

555) FRANZKIUS Lib. 2. Resolut. 6. n. 24. sequ. ZOESIUS Comment. ad Pand. Tit. de iureiurando. n. 86. LYNCKER Analect. ad Tit. Dig. de iureiurando. th. 21. SETSER de iurament. Lib. 2. Cap. 1.

556) STRYCK de action. inuestigand. Sect. 1. membr. 3. §. 42. 43. I. H. BOEHMER I. E. P. c. l. §. 37.

557) MOLLENBEC Thesaur. tit. de Alcatorib. n. 17.

558) *Ernest.* COTHMANN Vol. 1. Resp. 18. num. 213. BERLICH P. 11. Dec. 268. n. 9. Mit Recht wird das Gegentheil gelehrt von STRUV *de anatocismo.* th. 27. I. H. BOEHMER c. l. §. 26.

559) Johann Christian Quistorp von eidlich geschehenen Versprechen und Verzichtleistungen der Minderjährigen. Diese gelehrte Abhandlung meines ehemaligen verdienten Lehrers findet sich in dessen Beiträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien 2tem Stück Seite 124. Man sehe auch die Beiträge zur juristischen Litteratur in den Preussischen Staaten. Siebente Sammlung, Seite 70. MALBLANC de iureiurando. §. 118. not. 171. und die gründliche Ausführung des VOET Comment. ad Pandect. Tit. de minoribus. §. 46. sequ.

## §. 122.

## Fortsetzung.

Eben so verhält sich die Sache in den übrigen Fällen, welche hieher gehören, wenn nämlich gefragt wird, 4) ob und in wie ferne eine sonst ungültige Verlobung durch den Eid verbindlich werde? 560) imgleichen, ob jene eidliche Zusage die Wirkung haben könne, daß 5) aus der Geldanleihe solcher Personen, die zur Zeit des Handels annoch der väterlichen Gewalt unterworfen waren, eine gültige Klage

statt finde? 561) 6) Daß lex commissoria bei Verpfändungen, 562) imgleichen eine nicht gerichtlich geschehene Schenkung über 500 Soliden, 563) 7) der sonst ungültige Vergleich über künftige Alimente, 564) 8) die Schenkung unter Ehegatten, 565) 9) die Bürgschaft der Frauenspersonen, 566) 10) alle Rechtsgeschäfte derselben, ohne die sonst erforderliche Zuziehung des Geschlechts Vormundes 567) dadurch aufrecht erhalten werden können? u. d. m.

560) MALBLANC c. l. §. 118. worauf ich bei diesem Paragraph überhaupt verweise. *Iac. Frid.* KEESIUS de iurisiurandi Sponsalibus adiecti efficacia. Lips. 1776.

561) VOET Comment. ad Pand. Tit. de S. C. Maced. §. 10. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Tit. eod. §. 27. PUFENDORF Tom. 2. Obs. 171. *Fratr.* BECMANN. Consil. et Decis. Tom. 1. Dec. 13. u. a. m. verneinen dieses mit Recht; wiewol CARPZOV Part. 3. Decis. 256. n. 31. und STRYCK Cautel. contract. P. 2. Cap. 1. §. 15. das Gegentheil lehren.

562) Daß schon selbst das Cap. 7. X. de pignorib. die eidliche Zusage hier unverbindlich erkläre, wie einige beheupten wollen, I. H. BOEHMER I. E. P. Lib. 2. Tit. 24. §. 25. MALBLANC c. l., ist bei genauer Prüfung der Rechtsangelegenheit, wovon an gedachter Stelle gehandelt wird, nicht füglich anzunehmen. Der Schuldner, welcher sich eidlich verbindlich gemacht, das Pfand binnen einer gewissen Zeit einzulösen, oder es dem Gläubiger gänzlich zu überlassen, hatte bereits alle

alle Vorkehr zur Einlösung getroffen, und war seiner Seits gänzlich ausser Schuld, daß das Geld nicht zur rechten Zeit in die Hände des Kreditors kam. Da ihn nun der Pabst aus dieser Ursache von der Erfüllung seines eidlichen Versprechens dispensiret: So erhellet ziemlich klar, daß auf den Fall, wenn der Schuldner solche Gründe nicht vor sich haben sollte, die gedachte päbstliche Verordnung nicht anwendlich sei. Man kann auch nicht immer annehmen, daß lex commissoria einen unerlaubten Wucher in sich schliesse; weshalb denn einige in dieser Hinsicht unterscheiden, ob wirklich eine usuraria prauitas unter dem Vertrage verborgen sei, oder nicht; und nur im ersten Falle, jedoch nicht in dem leztern, den Eid unwirksam halten. ERXLEBEN de pignoribus. §. 118.; wiewol andere durchgängig den erwähnten Vertrag, wenn er eidlich geschlossen worden, für gültig erklären. BRUNNEMANN ad L. fin. Cod. de pact. pignor. SCHLEIERMACHER de pacto commissorio in pignore. Gissae 1702. §. 20.

563) I. H. BOEHMER c. l. §. 31. I. A. HELLFELD iurisprud. forens. §. 1702. halten dafür, daß der Eid den Mangel der gerichtlichen Insinuation ergänze. Das Gegentheil behaupten aber: *Iac. Frid.* LUDOVICI de genuino intellectu Brocardici vulgaris: *omne iuramentum* etc. §. 12. sequ. AYRER de abusu iuram. §. 40.

564) BOEHMER c. l. §. 30. BRUNNEMANN ad L. 8. C. de transact. imgleichen STRYCK vs. Mod. Lib. 2. Tit. 15. §. 11. wollen in diesem Falle den Bestand des Vergleichs vertheidigen; der angeführte LUDOVICI und AYRER lehren das Gegentheil.

565) *Sam.* COCCEII Iur. controv. Tit. de donat. inter vir. et. uxor. Quaest. 3. I. H. BOEHMER c. l. §. 32. u. Lib. IV. Tit. 20. §. 74. finden alsdann diese Schenkung unwiderruflich.

566) Der Gerichtsgebrauch, daß in solchem Falle die Bürgschaft der Frauenspersonen zu Recht bestehe, ist nicht mehr zu bezweifeln. MALBLANC c. l. woselbst die vorzüglichsten Schriftsteller, welche diesen Vorwurf bearbeitet haben, angeführet sind. Man sehe aber auch **Oesfeld über die Eidesleistungen.** §. 13.

567) HOMMEL Rhapsod. Quaest. Observ. 274. ist der Meinung, daß der Handel durch den Eid gültig werde, wenn dieser körperlich abgeleistet worden; nicht aber, wenn die eidliche Zusage nur schriftlich geschehen.

## §. 123.

## Nach welchen Grundsätzen müste eigentlich in protestantischen Gerichten die Sache behandelt werden?

Wenn man die Geschäfte der Minderjährigen, und die Bürgschaft der Frauenspersonen ausnimmt, von denen es nun freilich, theils durch ausdrückliche Gesetze, theils durch einen entschiedenen Gerichtsgebrauch ausgemacht ist, daß der Eid den sonst unwirksamen Handel gültig mache: So stimme ich im übrigen gerne der Meinung bei, daß in protestantischen Gerichten keineswegés nach den irrigen Lehren des päbst-

päbstlichen Rechts, und den noch unrichtigern Folgerungen, welche von Zeit zu Zeit daraus abgeleitet sind, zu verfahren sey. Der Satz, daß das kanonische Recht vorzüglich in der Lehre vom Eide dem römischen vorgehe, gehört bei genauerer Prüfung offenbar unter diejenigen, welche sich zuletzt in blosse Vorurtheile verlieren. Dies ist von andern bereits so bündig dargethan, daß ich es sicher als erwiesen annehmen darf: 568 a) die ganze Summe der päbstlichen Vorschriften, daß der Eid einen bürgerlich ungültigen Handel verbindlich und wirksam machen könne, beruhet auf den irrigen Grundsatz, daß der Eid eine besondere Verbindlichkeit gegen Gott erzeuge, daß also das Haupt der Kirche, und überhaupt die geistlichen Gerichte an Gottes statt auf die Erfüllung solcher eidlichen Zusagen ohne Rücksicht weltlicher Anordnungen kräftig zu halten; und nur sie das Recht hätten, allenfalls von den besondern Pflichten, die der Eid Jemanden auferlegt, durch die bekannte Relaxation zu dispensiren. Kein vernünftiger protestantischer Rechtsgelehrter wird leugnen, daß das päbstliche Recht in solchen Vorschriften, welche den gereinigten Religions-Begriffen unserer Kirche wiederstreiten, bei uns nicht geltend sein könne. Und gleichwol legt man diesem Rechte gerade in der Materie einen Vorzug bei, wo alles auf solche Gründe beruhet, welche unserm Religions-Systeme gänzlich zuwider sind. Ja wenn man auch in die-

 ser

ser Hinsicht den kanonischen Rechten im Ganzen das gesetzliche Ansehen bei uns nicht versagen wollte: So sollte man doch vor allen Dingen auf den eigentlichen Inhalt der päbstlichen Vorschriften etwas mehrere Rücksicht nehmen, und keinen Gebrauch davon machen, ohne diejenigen Regeln genau zu befolgen, welche in der Applikation positiver Gesetze dieser Art überhaupt zu beobachten sind. Da das kanonische Recht, wie wir oben schon bemerkt haben, keine einzige so allgemeine Verordnung enthält, welche man als eine ausdrückliche Vorschrift für alle Fälle zu betrachten hätte, sondern nur in gewissen einzelnen Fällen dem Eide eine Wirkung beilegt, die er sonst nach den Grundsätzen des Vernunftrechts und der Civilgesetze nicht haben würde: So ist es ja offenbar widerrechtlich, wenn man gleichwol diese singulairen Vorschriften auf solche Fälle extendiren will, deren doch das päbstliche Recht selbst mit keinem Worte erwähnet.

Man wende nicht ein, daß der Grund des päbstlichen Rechts bei jenen einzelnen Dispositionen so allgemein laute, daß er auch in den übrigen so eben erwähnten Fällen anwendlich sei —: quum iuramenta in alterius praeiudicium non redundent, nec obseruata vergantia dispendium salutis aeternae —. Es ist schlimm genug, daß die Ausleger sich erlaubt haben, diesen Satz, welchen der Pabst nur als den

den Grund seiner auf einzelne Gegenstände gerichteten Vorschriften anführet, ganz willkührlich in die allgemeine Regel umzuschaffen: Omne iuramentum seruandum est, quod salua salute aeterna seruari potest; wie wir es in mehrern Lehrbüchern und Systemen des bürgerlichen Rechts antreffen: So unrichtig aber dieses ist; so fehlerhaft ist auch der Gebrauch davon in der Anwendung. Denn da die Regeln des Vernunftrechts einmal mit sich bringen, daß der Eid den Rechtsgeschäften keine andere Wirkung geben könne, als sie sonst in gesezlicher Ordnung haben: So folgt ja ganz natürlich, daß dieses auch in Gerichten so lange gelten müsse, bis klare positive Geseze das Gegentheil bestimmet haben, und daß Verordnungen, welche dieses leztere in bestimmten einzelnen Fällen verfügen, auch nicht weiter, als auf die besondere Gegenstände, wovon sie handeln, angewendet werden können. Die Regel: wo der Grund des Gesezes eintritt, da gilt auch die Verordnung desselben, ist hier ohne Misbrauch nicht anzuwenden, sondern in denen ausdrücklich nicht genannten Fällen den Vorschriften des Vernunftrechts nachzugehen. (Siehe oben §. 63.) Es kommt hinzu, daß die ganze Distinction, welche man bei weitere Bestimmung der Sache grundleglich zu machen pflegt, nämlich unter Geschäften, die an sich zum allgemeinen Besten verboten, und solchen, die nur zum Privat-Nutzen der Parteien ungültig sind, sehr unzu-

treffend und schwankend sei; weil auch in den Fällen, welche man zu der leztern Gattung zu rechnen pflegt, doch immer die gemeine Wolfahrt bei der bürgerlichen Legislation vorzüglich zum Grunde liegt, und die Geseze überhaupt nur in so ferne, als es das gemeine Beste erfordert, die Freiheit der Unterthanen einschränken können. 568 b) Nichts desto weniger wird immer noch von jener Distinction ein seltsamer Gebrauch gemacht, und überhaupt ist die unschickliche Anwendung der päbstlichen Vorschriften, unter Autorität der bewährtesten Rechtsgelehrten, 569) dergestalt eingerissen, daß die tristigsten Gründe bisher dagegen wenig oder gar nichts ausrichten können. Der gewissenhafte **Brunnemann** 570) hält es sogar nach seinen Begriffen von der Heiligkeit des Eides nicht einmal erlaubt, wenn die gesezgebende Macht durch zweckdienliche Verordnung dem Misbrauch abhelfen wollte. Und gleichwol ist dieses das einzige und sicherste Mittel, um die Rechtspflege mit der gesunden Vernunft wieder auszusöhnen.

Wir haben in den hiesigen Landen dergleichen heilsame gesezliche Vorschrift aufzuweisen, welche überhaupt die Abstellung des überflüßigen und zweckwidrigen Gebrauchs der Eide zum Vorwurfe hat, insbesondere aber auch in Rücksicht auf den Gegenstand, wovon hier die Rede ist, zu den wolthätigen Anstalten gehört, deren

ren Bekanntmachung auch den auswärtigen Leser allemal interessiret. Sie lautet wörtlich also: Auf eben die Art nun, als Wir die Eide in den Gerichten, so viel möglich, eingeschränket wissen wollen, soll auch den aussergerichtlichen Eiden dahin Ziel und Maasse gesetzet seyn, daß nicht nur bey unzulässigen, in den Gesetzen verbotenen Handlungen und Vereinbarungen, die zu vermeynter Bestärkung derselben hinzugefügte Schrift- oder körperliche Eide ohne alle rechtliche Kraft und Wirkung, und diejenigen, so dergleichen begehren, oder leisten, dafür einer willkührlichen Strafe unterworfen seyn, sondern auch inskünftige niemand von seinem Schuldner ein eidliches Versprechen, zu der gesetzten Zeit ohnfehlbar Zahlung zu leisten, bey arbitrairer Poen, verlangen, oder annehmen, und der etwanige Eid, mit welchem andere an sich erlaubte Contracte, Verträge und Verzichte bestätiget werden möchten, keine mehrere oder stärkere Verbindlichkeit, als die Sache, denen Rechten nach, an sich hat, bewirken, mithin auch darauf in der richterlichen Erkenntnis kein Bedacht genommen, sondern wo die bisherigen Gesetze, oder das Herkommen desfals ein anderes

deres mit sich brächten, solches hiemit ausdrücklich aufgehoben seyn soll; um so viel mehr, da die in den Canonischen Rechten dem Eide bey bürgerlichen Geschäften und Handlungen beygelegte Wirkung, einer neuen Verbindlichkeit manchen Mißbrauch nach sich gezogen hat; und an sich auf verworfenen Grundsätzen beruhet. Wie denn insbesondere Unser allergnädigster Wille und Meynung dahin gehet, daß wenn eine Frauensperson ihren weiblichen Vorrechten, oder einer künftigen Erbschaft renunciiret, oder ein Minderjähriger irgend eine verbindliche Handlung, es sey in einem Eheberedungsfalle, oder in andern bürgerlichen Angelegenheiten, eingehet, der hinzukommende Eid die Wirkung einer stärkeren Verbindlichkeit, als die Rechte der Handlung an sich selbst beylegen, ebenfals nicht haben, mithin als unnütz weiter nicht statt finden, und dahingegen der Zweck, mit dergleichen privilegirten Personen gültig und rechtsbeständig zu contrahiren, dadurch erreichet werden solle, daß, wenn eine Frauensperson sich verbürget, oder ihres Erbrechts begiebet, solches vor Gericht, und nach genugsamer Unterrichtung derselben von den Vorrechten und

Befugnissen, deren sie sich verzeihet, geschehe, und über diese Handlung ein förmliches Protocoll gehalten werde; desgleichen, wenn ein Minderjähriger contrahiret, solches mit ausdrücklicher Einwilligung seines Vormundes, und in beträchtlichen Fällen, da dieser, seiner Sicherheit halber, ohnehin gerne gedeckt seyn wird, mit Vorwissen und Genehmigung der Obrigkeit, auf ein, nach untersuchter Sache abzufassendes Erlaubnißdecret geschehe. Gleichwie Wir übrigens, in Ansehung der sich verbürgenden, oder ihres Erbrechts sich begebenden adelichen Frauen und Jungfrauen, es bey der Landgerichtsordnung Part. IV. Tit. V. §. 10. 11. in alle Wege bewenden lassen; also wollen und verfügen Wir annoch, daß, wenn jemand, der nicht dazu von Amtswegen befugt ist, sich nach diesem unterfangen sollte, minderjährige Personen, die noch unter Vormündern stehen, in einiger Absicht mit einem Eide zu verbinden, er sowol als der Vormund, von dem diese eidliche Verpflichtung etwa gestattet würde, desfals willkührlich zu bestrafen sey. 571)

568 a) MALBLANC §. 116. sequ.

568 b) **Struben** rechtl. Bedenken. Th. 2. Seite 164.

569) I. H. BOEHMER I. E. P. c. l. §. 29. C. F. HOMMEL Observ. 274. **Struben** rechtl. Bedenken. Th. 1. Num. 24. HELLFELD iurisprud. forens. §. 341.

570) *Ioh.* BRUNNEMANN *Comment. in Codic. Tit. Si aduersus venditionem ibique auth. Sacram. puber. Hartmann* PISTOR P. IV. Quaest. 6.

571) Allerhöchste Königliche Verordnung wegen Einschränkung des überflüssigen Gebrauchs der Eide. d. d. 11. Dec. 1758. und deren Extension auf den vormals großfürstl. Antheil des Herzogthums Hollstein. d. d. Glückstadt 24. Octob. 1775. §. 14.

Eilf=

# Eilfter Abschnitt.

## Ob und in wie ferne Verträge und Rechtsgeschäfte, die an sich nicht völlig wirksam sind, durch das Konstitutum und nachherige Genehmigung klagbar werden können?

### §. 124.

### Einleitung.

Das sogenannte constitutum alienum übergehen wir hier, weil zumal in Rücksicht auf dessen Wirkung bei blos natürlichen Verbindlichkeiten eben dasjenige Rechtens ist, was wir von der Bürgschaft bereits oben vorgetragen. So viel aber das **eigne Konstitutum** anbetrift: So haben wir davon die Regel, daß es eine gültige Klage hervorbringe, sobald nur die Erfüllung einer wirklich vorhandenen Schuld dadurch versichert worden; wenn es auch nur eine natürliche Verbindlichkeit im strengen Verstande des Civilrechts gewesen sein sollte. 572) So wenig aber die Rechtsgelehrten darauf bedacht gewesen, bei Gelegenheit des Pfandes und der Bürgschaft den allgemeinen Satz, daß solche auch in Ansehung blos natür-

türlicher Hauptverbindlichkeiten für gültig zu achten, etwas genauer in Rücksicht auf die besondern Verhältnisse zu berichtigen; eben so wenig hat man sich auch bei dem gegenwärtigen Gegenstande es angelegen sein lassen, diese Lücke im Systeme des bürgerlichen Rechts gehörig auszufüllen. 573)

572) L. 1. §. 7. D. de constituta pecunia.

573) *Henn.* RENNEMANN *de constituto obligatorio* in dessen *Iurisprud. Rom. Germ. membr. 3. n. 23. Andr.* MYLIUS *de constituto obligatorio.* Lips. 1682. *Ioa.* BÖSCHEN *de constituto.* Argentor. 1641. *August.* BECKSTEIN de constituta pecunia. Lips. 1740. *Ioa. Casp.* BRENDEL *de constituto conventionali.* Wittenb. 1694.

## §. 125.

## Entwickelung und richtige Bestimmung der Begriffe.

Wenn ich heute etwas zusage, was ich schon ehedem versprochen hätte: So ist das noch kein Konstitutum, sondern dieses leztere erfordert nach richtigen Begriffen, daß die wiederhohlte Zusage wirklich in Beziehung auf das vorhergehende Versprechen, und die daraus entstandene Schuld geschehen, und eigentlich die Erfüllung einer anerkannten Verbindlichkeit versichert sein müsse. Durch

diese

diese Bestimmung ist das Konstitutum und pactum geminatum zu unterscheiden, 574) welches leztere nach römischen Rechten immer nur die eingeschränkte Wirkung simpler Verträge behauptet, 575) dahingegen durch das erstere, die aus einem pacto nudo herrührende Verbindlichkeit klagbar wird. Das Konstitutum schließt allemal eine Genehmigung in sich; das Eigenthümliche und Unterscheidende desselben besteht aber darin, daß es allemal eine wirklich schon vorhandene Verbindlichkeit voraussezet; 576) dahingegen die Ratihabition überhaupt auch bei Vorfällen wirksam sein kann, die sonst ganz unverbindlich waren. Es ist also darum, weil etwa in diesem oder jenem Falle das eigentliche Konstitutum nicht statt findet, folglich auch nicht wirksam sein kann, dem Geschäfte noch nicht aller Effekt abzusprechen, sondern erst zu untersuchen, ob nicht sonst die nachherige **Genehmigung** überhaupt den Handel aufrecht zu erhalten vermögend sei.

574) ZOESIUS Comment. ad Pandect. Tit. de Pactis n. 59. et Tit. de Constit. pecun. n. 6 in den Worten: constitutum continet *relationem ad prius debitum*, quae facit cessare leuitatem promissionis; nec satis est debitum subesse, aut *iterari* promissionem; sed *debiti mentio facienda*, cum forma huius obligationis sit, vt *pro debito* fiat, alias a *pacto* non distingueretur, *geminato*, quod nullam dat actionem.

575) MYLIUS de constituto. Posit. 4. SCHULTING de

de obligatione natur. Cap. 5. I. H. BOEHMER de action. Sect. 2. Cap. 7. §. 20.

576) *Ant.* PEREZ Prael. in Codic. Lib. 4. Tit. 18. n. 4. MYLIUS c. l. Posit. 8. BRENDEL de Constituto conventionali §. II. Si quidem omne constitutum ad firmandum debitum accedit; Prius ergo existat, quam vt confirmationi locus sit.

## §. 126.

## Wirkung im Wege Rechtens.

Diese Betrachtung wird uns in den Stand setzen, zuvörderst die Frage: ob und in wie ferne eine Nichtschuld in der Folge durch das Zalungsversprechen zu einer klagbaren Verbindlichkeit übergehen könne? den Rechten gemäs zu entscheiden. Sollte die nachherige Zusage durch Unwissenheit und Irrtum veranlaßt sein: So versteht es sich freilich von selbst, daß sie dem andern kein Recht geben könne; 577) Wie aber, wenn ich etwas zu zalen verspreche, wovon ich weis, daß ich es nicht schuldig sei? 578) **Böhmer** sagt: de iure romano debitum verum antecedere debebat; alioquin constitutum, valere non poterat, adeo vt inde concludant, debitorem non teneri, si vel maxime *scienter* indebitum constituat. Verum licet hoc *per modum constituti* non valeat, non dubium tamen, quin per modum *pacti simplicis* hodie valere possit. 579)

So

So viel ist nun gewiß, daß in solchem Falle das Zalungsversprechen als ein Konstitutum in keinem Betrachte gelten könne; 580) aber es kommt darauf an, ob es nicht sonst als eine gültige Genehmigung oder als Schenkung, wohin das wissentliche Versprechen einer Nichtschuld unstreitig gehöret, 581) zu Recht bestehe? Und da muß man allerdings nach den ältern römischen Rechten zugeben, daß die erwähnte Verwillkührung nur sodann klagbar sei, wenn sie in eine förmliche Stipulation eingekleidet worden; 582) weil ohne diese alles auf einen simplen Vertrag, welcher bekanntlich keine Klage hervorbringt, hinausgehen würde, und auch die Schenkung bekanntlich nach den Grundsäzen des ältern Rechts nicht zu den klagbaren Verträgen gehöret. Ob es aber auch den neuen Vorschriften des römischen Rechts gemäs sei, die Anerkennung einer Nichtschuld nach dieser Strenge zu behandeln? dürfte schwerlich zu bejahen sein; indem einenteils ausdrückliche Kaiserliche Verordnungen in mehr als Einem Falle, ohne der Stipulation zu gedenken, die blosse Genehmigung für hinreichend erklären, um das Unverbindliche verbindlich und klagbar zu machen, 583) und anderenteils nach bekannten Vorschriften des Kaisers **Justinian**, eine jede Schenkung, welche die gesetzliche Summe nicht übersteigt, dergestalt im Wege Rechtens bestehet, daß der blosse Vertrag ohne Stipulation eine gültige Klage hervorbringt; es ist aber

gar nicht abzusehen, warum dieses auch nicht wider denjenigen anzuwenden sei, welcher wissentlich eine Zalung, die ihm nicht oblag, versprochen. 584) Nach teutschen Rechten hat die Sache freilich gar kein Bedenken. 585)

577) Argum. Leg. vlt. D. de Senat. Conf. Maced. VOET ad Pand. XIII. V. 9.

578) Ueber die Bestimmung dieser Frage nach römischen Rechten sind unsere Civilisten sehr uneins, wie zu ersehen beim VOET Comm. ad Pandect. Tit. de const. pecun. §. 5. 7. 9. ZOESIUS Tit. eod. §. 10. MYLIUS cit. loco. Posit. 8. BECKSTEIN de constit. n. 55.

579) I. H. BOEHMER de actionibus. Sect. 2. Cap. 7. §. 21.

580) Quia constitutum firmat tantum; firmari autem nequit, quod non est. ZOESIUS c. l. §. 5. VOET c. l. §. 9.

581) VOET ibid. §. 7. Ratione eius quod principale debitum excedit, non alia quam donationis coniectura capi potest. Lib. II. §. 1. D. de constit. pecun. Lib. 53. D. de Reg. Iur. L. 47. D. de Oper. libert.

582) L. 21. D. de Verb. Obl. Si diuortio facto ea, quae nihil in dote habeat dotis nomine centum dari stipuletur, vel quae centum tantum habeat, ducenta dotis nomine dari *stipuletur;* Proculus ait. Si ducenta stipuletur: quae centum habeat, sine dubio centum quidem in obligationem venire, alia autem centum actione de dote deberi. Dicendum itaque est,

est, etiamsi nihil sit in dote, centum tamen venire in stipulatione. cf. FRANZK. Comment. ad Pandect. Lib. 13. Tit. 5. §. 14.

583) L. 16. §. 1. C. de testament. L. 23. C. de fideicomm. L. vlt. C. ad Leg. Falc. VOET Comment. ad Pand. Tit. de constit. pecun. §. 5. SCHULTING de obl. natur. C. 12.

584) Diesem pflichten bei: BACHOV ad Treutler: Vol. 1. Disp. 23. th. 9. et Tract. de actionib. Disp. 8. §. 3. VOET c. l. §. 7. Das Gegentheil behaupten: ZOESIUS l. c. §. 10. MYLIUS l. c. pos. 8. BECKSTEIN c. l. n. 55.

585) STRYCK V. M. Tit. de const. pec. §. 3.

## §. 127.

## Fortsetzung.

Um nun von den bisher vorgetragenen Grundsätzen auf den Gegenstand dieser Schrift eine nähere Anwendung zu machen: So ist zu untersuchen, ob und in wie ferne das wiederholte Zalungsversprechen, oder die sonstige Genehmigung eines bisher nicht vollgültigen Handels wirksam sein könne?

a) Bei Geschäften, welche einem bürgerlichen Verbote zuwider eingegangen, und eben darum ganz ungültig sind;

b) Bei solchen Geschäften, die zwar nicht

ganz unverbindlich, nur aber im Wege Rechtens nicht völlig wirksam sind.

So viel nun das Erstere betrift: So siehet ein Jeder, daß das eigentliche Konstitutum da nicht anwendlich sei, wo von solchen Geschäften die Rede ist, welche nach Vorschrift der Gesetze ganz ungültig sind, 586) und wenigstens in Gerichten nicht anders behandelt werden, als ob gar keine, mithin auch keine natürliche Verbindlichkeit daraus entstanden sei. Dahin gehören diejenigen Fälle, welche oben im vierten Abschnitte der Reihe nach angeführet sind. Wenn gleich in einigen derselben nach individuellen Verhältnissen eine natürliche Verbindlichkeit an sich vorhanden sein kann: So bleibt doch dieses eine blosse Gewissens-Sache, worauf das äussere Forum keine Rücksicht nimmt. Von dergleichen Pflichten kann daher die Rede nicht sein, 587) wenn die Gesetze bestimmen, daß das Konstitutum auch wegen einer blos natürlichen Obliegenheit gültig sein solle. Damit ist nun freilich noch nicht gesagt, daß eo ipso auch alle Wirkung einer in der Folge freiwillig geschehenen Genehmigung überhaupt wegfallen sollte; nur hat man zu erwägen, daß diese von solchen Personen nicht gültig geschehen könne, welche nicht befugt, vielmehr nach Vorschrift der Gesetze entweder ganz unfähig sind, über das Ihrige nach Willkühr zu disponiren, und sich verbindlich zu machen, oder doch

wenig-

wenigstens dasjenige Geschäfte, dessen Erfüllung durch die Ratihabition bezielet wird, nicht eingehen dürfen. So lange also dieses persönliche Verhältnis, womit die Unfähigkeit sich verbindlich zu machen, verknüpft ist, fortdauret, und bürgerliche Gesetze nicht besondere Ausnahmen gemacht haben, 588) so lange kann auch die wiederholte Verwillkührung einer solchen Person den einmal ungültigen Handel nicht gültig machen. 589) Hört aber jenes Verhältnis auf: So können **die wegen der ehemaligen persönlichen Unfähigkeit unverbindliche Rechtsgeschäfte** durch nachherige Genehmigung allerdings verbindlich werden. Die Anwendung hievon auf Minderjährige, Verschwender, u. d. m. ist leicht gemacht. Da inzwischen dieses nur in den Fällen zu behaupten ist, wo die Ungültigkeit eines Geschäftes lediglich darin ihren Grund hat, weil gewisse Personen durch Civilgesetze davon ausgeschlossen waren: So verhält sich auch die Sache ganz anders, wenn von einem Handel die Rede ist, welcher an sich selbst betrachtet, ohne Rücksicht auf persönliches Verhältnis der Kontrahenten den Gesetzen zuwider ist. Hier muß man behaupten, daß in der Regel keine wiederholte Zusage oder Genehmigung Jemanden ein Recht geben könne, auf die Erfüllung eines an sich unerlaubten Handels zu dringen. Es ist daher evident, daß in Ansehung verbotener Spielschulden, unerlaubten Wuchers, und ähnlicher

Gegenstände, welche der angeführte vierte Abschnitt enthält, nicht nur das eigentliche Konstitutum, 590) sondern jede freiwillige Anerkennung dennoch ganz unverbindlich sei, weil die Gesetze in solchen Fällen dem Gläubiger durchaus alles Recht absprechen, und das Object der nachherigen Anerkennung ungeachtet, doch immer die Eigenschaft behält, daß es den Rechten und verbietenden Gesetzen zuwider ist. 591) Andere Grundsätze treten natürlich bei dem zweiten Gegenstande ein; weil dabei von solchen Geschäften die Rede ist, welche keinesweges gegen verbietende Gesetze angehen, nicht durchaus ungültig sind, sondern nur den völligen gerichtlichen Effekt nicht haben, obgleich sonst die bürgerlichen Gerichte selbst eine natürliche Verbindlichkeit daraus anerkennen. Wenn nun die Gesetze in dieser Hinsicht ausdrücklich verordnen, daß eine solche Verbindlichkeit durch das wiederholte Zalungsversprechen klagbar werden solle: 592) So ist der Grund dieser bürgerlichen Anordnung unstreitig darin zu setzen, weil a) in denen Fällen, wo besorglicher Leichtsinn der Parteien die Einschränkung des gerichtlichen Effekts veranlasset, durch das nachherige Konstitutum die Sache eine ganz andere Gestalt gewinnet. Hieraus ergiebt sich, warum die aus einem pacto nudo herrührende Verbindlichkeit durch die erwähnte Verwillkührung klagbar werde. b) weil in den übrigen Fällen, welche hieher gehören, dem Gläubiger

nicht

nicht alles Recht und Befugnis an sich versagt ist, sondern nur dem Schuldner wider die gerichtliche Verfolgung gedachter Rechte gewisse Ausflüchte gestattet sind, folglich, wenn der Schuldner diesen Ausflüchten in der Folge entsagt, und durch eigene Verwillkührung dem Gläubiger ein vollgültiges Recht zugestehet, dieses bei Dingen, die an sich unverboten sind, nicht ohne Wirkung sein darf. So z. B. findet zwar nach vollendeter Verjährung gegen den Schuldner keine Klage statt; wenn er aber doch in der Folge die Bezalung verspricht: so wird durch diese Anerkennung das erloschne Recht zu klagen allerdings wieder hergestellet. 593)

Da inzwischen die Gesetze auch in einigen Fällen, wovon hier die Rede ist, den Rechtsgeschäften nur nach besondern persönlichen Verhältnissen des Schuldners den völligen gerichtlichen Effekt versagt haben, dergestalt, daß gewisse rechtliche Handlungen, welche Jemand in diesem Zustande vorgenommen, im Wege Rechtens nicht vollgültig sind: So ist obige Regel unstreitig auf den Fall einzuschränken, wenn die wiederholte Verwillkührung in der Folge zu einer Zeit geschehen, da das persönliche Verhältnis des Schuldners und die damit verknüpften Hindernisse der gerichtlichen Vollgültigkeit bereits aufgehöret; weil ja sonst dem wiederholten Versprechen eben dasjenige entgegen stehet, was gleich anfangs den Handel unwirksam macht;

Solchergestalt kann derjenige, welcher als filius familias Geld aufgeborget, nur dann erst, wenn die väterliche Gewalt aufgehöret, durch wiederholte Verwillkührung mit völliger Rechtskraft sich verbindlich machen; 594) und eben dieses gilt daher auch von den Schulden der Studirenden und Soldaten, welche sonst nach Vorschrift des Kreditedikts nicht klagbar sind. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß die nachherige Genehmigung, wenn derselben im Ganzen kein gerechtes Hindernis mehr entgegen stehet, nicht allein ausdrücklich, sondern auch stillschweigend durch solche Handlungen geschehen könne, welche die Absicht des Schuldners deutlich an den Tag legen, wohin vorzüglich gehöret, wenn er eine abschlägliche Zalung leistet, 595) wenn er in der Folge einen Bürgen bestellet, oder Pfand giebt. 596) Offenbar liegt es aber in der Natur der Sache, daß auch die Wirkung dieser stillschweigenden Ratihabition, wenn der Gläubiger eine rechtmässige Klage daraus ableiten will, allemal nach eben den Grundsätzen zu bestimmen sei, welche von der Gültigkeit solcher nachherigen Anerkennung überhaupt gelten; weshalb z. B. die, noch während der väterlichen Gewalt des Schuldners geleistete Bezalung eines Teils der Schuld, den Gläubiger keineswegs berechtigt, auf den Rest zu klagen.

586) MYLIUS c. l. Posit. 8. BÖSCHEN l. c. §. 21.

587) FRANZK. Comment ad Pand. Tit. de constituta pecunia. n. 16. in den Worten: Illud debitum, quod in nuda honestate subsistit, huc non pertinet; nam dum illud effectum civilem habeat nullum, per constitutum quoque in aliquo firmari non potest.

588) L. 22. C. de Senat. Cons. Velleian.

589) MYLIUS cit. loc. posit. 6.

590) Nihil quidem interest, an debeatur ex obligatione mixta, an naturali tantum; *modo haec non sit iure civili reprobata.* MYLIUS Posit. 8. BÖSCHEN §. 21.

591) Welche Anerkennung einer Verbindlichkeit kann stärker sein, als wenn der Schuldner sogar die wirkliche Zalung leistet, und gleichwol erlauben ihn die Gesetze, solche wieder zurückzufordern, wenn ein verbotener Wucher, oder ein unerlaubtes Spiel dabei zum Grunde liegt.

592) L. 1. §. 7. D. de constit. pecun.

593) FRANZK. d. l. n. 15.

594) ZOESIUS Tit. de Senat. Cons. Maced. n. 24.

595) L. 7. §. 16. D. de Senat. Cons. Maced. *Carl. Fridr.* WALCH V. C. introduct. in controvers. iur. ciuil. Sect. 1. Cap. 2. Memb. 2. §. 14.

596) Es ist sonderbar genug, wenn nach der Meinung des **Ulpian** L. 9. pr. D. eod. der Schuldner, welcher Pfand giebt, nicht weiter haften soll, als, so weit das Pfand zureicht; da doch

diese

diese Handlung eben so gut eine Anerkennung der Zalungsverbindlichkeit in Ansehung der ganzen Schuld enthält, als der Rechtsgelehrte solche bei der abschläglichen Zalung an der kurz zuvor angeführten Stelle selbst einräumet. Noch sonderbarer ist es, wenn die Ausleger wirklich einen reellen Unterschied beider Gegenstände in Hinsicht der Wirkung, wovon hier die Rede ist, antreffen wollen. Man sehe jedoch **Gmelin** und **Elsaaßer** gemeinnützige Beobachtungen und Rechtsfälle. IV. Band. N. 1.

# Zwölfter Abschnitt.

## Von Aufhörung der natürlichen Verbindlichkeit.

### §. 128.

**Bezug auf dasjenige, was hievon bereits oben vorgekommen, nebst einigen Bemerkungen über die verschiedene Arten, eine Verbindlichkeit aufzuheben, in Rücksicht auf natürliche Verbindlichkeiten im strengen Verstande des Civilrechts.**

Die vorzüglichsten Streitfragen, welche den Gegenstand dieses Abschnitts betreffen, sind, der Ordnung wegen, bereits im vorhergehenden abgehandelt; ob und in wie ferne nämlich die natürliche Verbindlichkeit an sich aufhöre, wenn den Ansprüchen des Gläubigers die Verjährung entgegen stehet, wenn der Schuldner durch ungerechten richterlichen Ausspruch rechtskräftig losgesprochen, wenn wegen unerlaubter Selbsthülfe das bekannte edictum D. Marci zur Anwendung gebracht, und überhaupt, wenn einer an sich vollgültigen Verbindlichkeit in der Folge nach Vorschrift des Civil-

Civilrechts die fernere völlige Wirkung aus Gründen versagt worden, welche sonst nach natürlichen Rechten keine Aufhebung der Verbindlichkeit hervorbringen würden? Denn da es im 6ten Abschnitte darauf ankam, das gerichtliche Verhältnis in gedachten Fällen genau zu bestimmen, und insbesondere auch die Frage: ob die geleistete Zalung als eine Nichtschuld zurückgefordert werden könne? aus dem wahren Gesichtspunkte zu erörtern: So war es unumgänglich nothwendig, daß dort vor allen Dingen der Punkt in Richtigkeit gesetzt werden muste: ob überhaupt bei solcher bürgerlichen Anordnung die Fortdauer der Verbindlichkeit an sich anzunehmen oder zu verwerfen sei? Indem wir also den Leser auf die dortige Ausführung verweisen: So haben wir jetzt nur noch von den gemeinen Arten, eine bisherige Verbindlichkeit aufzuheben, blos das Eigenthümliche und Unterscheidende zu bemerken, welches in dieser Hinsicht bei denen Fällen obwaltet, wo zwar natürliche Verbindlichkeit an sich vorhanden ist, jedoch die völlige Wirksamkeit derselben in bürgerlichen Gerichten nicht statt findet. Denn wie überhaupt eine jede, mithin auch die natürliche Verbindlichkeit, 1) durch Zalung, 2) durch die Kompensation, 3) durch gesetzliches oder obrigkeitliches Verbot der Erfüllung, 597) 4) durch des Gläubigers Verzichtleistung, 5) durch die Konfusion, 6) durch Untergang des speciellen Ob-

Objekts, 7) durch den deferirten und abgeleisteten Eid, aufgehoben werde, und welche Grundsäze bei diesen Gegenständen überhaupt eintreten, darf ich hier nicht entwickeln. Die Lehrbücher des Natur- und bürgerlichen Rechts ergeben das schon vollständig genug. 598) Daß auch im Ganzen eben diese Tilgungsarten bei der blos natürlichen Verbindlichkeit im strengen Verstande des Civilrechts statt finden, ist keinem Zweifel unterworfen. 599) Vorausgesezt nun, daß eine wirkliche Verbindlichkeit an sich vorhanden war, und der Handel nicht zu denen gehöre, welcher wenigstens im Wege Rechtens als gänzlich unverbindlich betrachtet werden: So ist freilich der Gläubiger allewege berechtigt, die geleistete Zalung einer sonst nicht klagbaren Schuld einzubehalten; und die sogenannte condictio indebiti findet dagegen nicht statt. Soll aber die Bezalung diesen Effekt haben: So muß sie unstreitig 1) von einem solchen veranstaltet sein, welcher im Ganzen befugt ist, dergleichen Disposition über das Seinige vorzunehmen. Ob nun gleich dieses zur Gültigkeit einer jeden Zalung, auch bei den vollgültigsten Verbindlichkeiten erforderlich ist, dergestalt, daß die von einem Pupillen oder Minderjährigen ohne vormundschaftlichen Konsens bezalte Gelder auch in dem Falle einer rechtmässigen Schuld vindiciret werden können: 600) So ist doch hier in manchem Betrachte die Wirkung gar sehr verschieden, je

nach-

nachdem bei der an sich unbefugten Zalung eine vollgültige und klagbare, oder eine, der gerichtlichen Wirkung nach eingeschränkte natürliche Verbindlichkeit zum Grunde liegt. Denn im ersten Falle findet gegen den Gläubiger, wenn er die Gelder bereits consumiret hat, 601) blos darum, weil die Bezalung unbefugter Weise geschehen, noch keine Zurückforderung statt; 602) indem er sich dagegen mit der Einrede des doli generalis schützen kann Dolo enim facit qui petit, quod redditurus est. L. 8. D. de doli mali et metus except. Dieses findet aber im zweiten Falle bei solchen Verbindlichkeiten, die nicht klagbar sind, keine Anwendung. Denn da hier die Zalung, als Zalung betrachtet, dem Gläubiger kein Recht geben kann, das Empfangene einzubehalten, weil sie ohne rechtliche Befugnis geschehen, im übrigen aber die angeführte L. 8. demjenigen nicht zu Hülfe kommen kann, dem das Recht zu klagen nicht zustehet: So kann der Gläubiger sich nicht entziehen, das Empfangene wieder herauszugeben; 603) 2) der allgemeine Auftrag, wodurch Jemand zum rechtlichen Betrieb seiner Angelegenheiten, auch zur Berichtigung seiner Schulden überhaupt einen Bevollmächtigten bestellet, hat freilich die Wirkung, daß der Debitor den in seinem Namen geschehenen Abtrag **vollgültiger Schulden** genehmigen müste. Wie aber, wenn dieser Mandatarius, ohne ganz speciellen Auftrag,

solche

solche Pöste bezalet, derentwegen dem Principal zwar an sich eine Verbindlichkeit obliegt, jedoch eine solche, derentwegen er nicht belangt werden kann? Hier findet nach dem Ausspruche **Papinians**, 604) die Zurückforderung des Gezalten ohne Bedenken statt. 3) Wenn ein Gläubiger mehrere Forderungen an einen Schuldener hat; einige darunter aber im Wege Rechtens nicht völlig wirksam sind, sondern zu den eingeschränkten natürlichen Verbindlichkeiten gehören, und der Schuldner Etwas bezalet, ohne zu bestimmen, wohin er es gerechnet haben wolle: So ist allemal im Zweifel anzunehmen, daß klagbare Pöste damit getilgt sind; hingegen der Gläubiger nicht befugt, den Empfang zuvörderst auf blosse natürliche Verbindlichkeiten im strengen Verstande des Civilrechts abzurechnen. 605) Gesetzt aber, daß ein solcher Gläubiger dem Schuldner aus gewissen Gegenforderungen verhaftet würde, und daher die Frage entstehe: wie es mit der Kompensation in Betracht jener verschiedenen, theils klagbaren, theils auf blosse natürliche Verbindlichkeit beruhenden Pöste zu halten sei? So siehet man wol, daß dasjenige, was von der unbestimmt geschehenen Zalung geordnet ist, hier nicht anwendlich sei, weil es dort vorzüg-

lich von der Bestimmung des Schuldners abhangt, welche Forderung er eigentlich getilgt haben wolle, und daher auch die vermuthliche Absicht des Schuldners dabei in Betrachtung kommt, 606) welches alles aber, wie die Natur der Sache ergiebt, bei der Kompensation ganz ausser Rücksicht ist. Es möchte aber auch scheinen, daß es eben so wenig von der Willkühr des Gläubigers abhänge, unter mehrern Forderungen, welche ihm zustehen, gerade diejenigen auszuheben, derentwegen er sonst nicht klagen könnte, um darauf den Effekt der Kompensation alleine zu beschränken, sondern daß vielmehr die Gegenforderung des Schuldners die ganze Summe der verschiedenen Pöste, womit er dem Gläubiger verhaftet ist, und welche an sich zur Kompensation sich qualificiren, dergestalt ergreife, daß alle dadurch pro rata gemindert würden. Ausdrückliche Gesetze entscheiden die Sache nicht. Es hat aber die Meinung des **Pufendorfs**, 607) daß in diesem Falle der Gläubiger befugt sei, die Gegenforderung des Schuldners zuvörderst auf dessen blos natürliche Verbindlichkeit abzurechnen, ein starkes Gewicht der Analogie. Denn da die Rechte dem Pfandgläubiger ausdrücklich gestatten, daß er mit den durch Verkauf des

Pfan-

Pfandes gelöseten Geldern, sich zuerst wegen der blos natürlichen Verbindlichkeit des Schuldners bezalt machen könne: 608) So ist die Folge, welche **Averanius** daraus herleitet, sehr richtig: quod soluit *debitor* cedit in grauiorem causam; quod sibi ipsi soluit *creditor* in leuiorem. 609) Und hierauf stützt der angeführte **Pufendorf** seine Lehre, welche dahin gehet: quoniam in compensatione creditor retento eo, quod debet, sibi ipsi soluit, puto creditoris, non debitoris voluntatem inspici debere, vt solutio in leuiorem causam facta videatur. Bei den übrigen Tilgungsarten ist in Rücksicht auf das gerichtliche Verhältnis natürlicher Verbindlichkeiten nichts besonders wahrzunehmen. Der Vertrag, wodurch der Gläubiger seine bisherige Forderung entweder ganz oder zum Theil dem Schuldner erläst, (Pactum de non petendo) hat zwar nach römischen Rechten hier das Eigenthümliche, daß eine blos natürliche Verbindlichkeit dadurch sofort, und, selbst dem strengen Rechte nach, (ipso iure) aufgehoben wird, da hingegen dieses Pactum die Tilgung einer bürgerlich vollgültigen Verbindlichkeit, in so ferne sie nicht aus den Konsensual-Kontracten herrühret, immer nur mittelst einer Ein-

rede (ope exceptionis) bewirket; 610) ein Unterschied, welcher nach unserer heutigen Gerichtsverfassung nicht weiter in Betrachtung kommt. 611)

597) LEYSER Spec. 190. med. 2. ſeq.

598) Statt aller übrigen dient *Dan.* NETTELBLADT V. C. ſyſtema elementare iurisprud. commun. gener. Lib. 1. Sect. IV. Cap. 2. §. 303. ſequ.

599) Man ſehe zum Ueberfluß *Hugo* DONELL Comment. iur. ciuil. Lib. 12. Cap. 2. p. m. 11. *Ant.* SCHULTING de obligatione naturali. Cap. vlt. I. A. FROMMANN de obligatione naturali. §. 63. und 75.

600) L. 14. §. 8. D. de ſolution. §. 3. I. Quib. alien. lic. vel non L. 9. §. 2. D. de auct. et Conſenſu Tutor.

601) Ueber die Frage: Wann die Gelder als konſumirt anzuſehen? verdient VINNIUS Comment. ad Inſtit. Lib. 2. Tit. 8. §. 2. n. 2. pag. 270. nachgeleſen zu werden.

602) Cit. L. L. *Ioh.* VOET Comment. ad Pandect. Tit. de ſolutionibus. §. 1. HELLFELD iurisprud. forenſ. §. 1932. fin.

603) So lehrt auch der angeführte VOET Tit. de minorib. §. 21.

604) L. 94. § 3. D. de ſolution. in den Worten: Quum Titius Gaio Seio deberet ex cauſa fideicommiſſi certam quantitatem et tantumdem eidem

dem ex alia causa, quae peti quidem non poterat, ex solutione autem petitionem (repetitionem) non praestat. Titii Seruus actor absente domino soluit eam summam, quae efficeret ad quantitatem unius debiti. Quaero id quod solutum est, in quam causam acceptum videtur ---? Respondi quum --- Seruus Titii actor absente domino pecuniam soluerit ne dominium quidem nummorum ***in eam speciem obligationis, quae habuit auxilium exceptionis***, translatum foret; ***Si ex ea causa solutio facta proponeretur***; (wenn auch der Geschäftsträger ausdrücklich erklärt hätte, daß es auf die nicht völlig wirksame Schuld gerechnet sein solle) --- quia non est vero simile dominum ad eam speciem soluendis pecuniis seruum praeposuisse, quae solui non debuerunt. Man sehe auch VOET ad D. Tit. de Solution. §. 1.

605) Nach klarer Vorschrift in cit. L. 94. D. de Solution., wo die Worte des **Papinians** ferner dahin lauten: Si quidem Titio Seius ita cauisset, vt sibi solutum ex uniuerso credito significaret, crediti appellatio solum fideicommissi pecuniam demonstrare videtur, ***non eam, quae petitionem quidem non habet, solutione autem facta repeti non potest.*** Verglichen mit L. 1. 2. 3. D. eod., welche zwar in der Regel, wenn der Schuldner bei der Zalung hierüber nichts bestimmt hat, dem Gläubiger überlassen: cui potius debito acceptum ferat; jedoch mit dem ausdrücklichen Zusatze: ***dummodo in id constituat solutum, in quod ipse, si deberet esset soluturus ---***, weshalb auch VOET c. l. §. 16. mit Recht hinzufügt: ***ad eoque non id quod naturaliter tantum debitum est.***

 606)

606) Est enim in arbitrio soluentis dicere, quod potius debitum voluerit solutum. L. 1. D. de solution.

607) F. E. PUFENDORF obseruat. iur. univ. Tom. 2. obs. 175.

608) L. 101. §. 1. D. de solution. Paullus respondit: aliam causam esse debitoris soluentis, aliam creditoris pignus distrahentis. Nam quum debitor soluit pecuniam in potestate eius esse, commemorare, in quam causam solueret, quum autem creditor pignus distraheret, licere ei pretium in acceptum referre, etiam in eam quantitatem, quae natura tantum debebatur, et ideo deducto eo debitum peti posse etc. verglichen mit L. 73. eod.

609) AVERANIUS Lib. V. interpret. Cap. 32. n. 1.

610) L. 95. §. 4. D. de solut. VOET ad Pand. Tit. de Pactis. §. 3. VINNIUS ad Inst. Tit. Quibus modis toll. oblig. §. 4. und Tit. de Exception. §. 3.

611) *Gottl. Gerh.* TITIUS Lib. V. Iur. Priu. Cap. 16. §. 9. und Lib. 1. Cap. 8. §. 31.

Bayerische Staatsbibliothek München

606) Eſt enim in arbitrio ſoluentis dicere, quod potius debitum voluerit ſolutum. L. 1. D. de ſolution.

607) F. E. PUFENDORF obſeruat. iur. univ. Tom. 2. obſ. 175.

608) L. 101. §. 1. D. de ſolution. Paullus reſpondit: aliam cauſam eſſe debitoris ſoluentis, aliam creditoris pignus diſtrahentis. Nam quum debitor ſoluit pecuniam in poteſtate eius eſſe, commemorare, in quam cauſam ſolueret, quum autem creditor pignus diſtraheret, licere ei pretium in acceptum referre, etiam in eam quantitatem, quae natura tantum debebatur, et ideo deducto eo debitum peti poſſe etc. verglichen mit L. 73. eod.

609) AVERANIUS Lib. V. interpret. Cap. 32. n. 1.

610) L. 95. §. 4. D. de ſolut. VOET ad Pand. Tit. de Pactis. §. 3. VINNIUS ad Inſt. Tit. Quibus modis toll. oblig. §. 4. und Tit. de Exception. §. 3.

611) *Gottl. Gerh.* TITIUS Lib. V. Iur. Priu. Cap. 16. §. 9. und Lib. 1. Cap. 8. §. 31.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Weber, Adolph Dietrich,

Systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit
und deren gerichtlichen Wirkung

Bd.: 3

Schwerin [u.a.] (1787)

J.rom.m. 526-1/3
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10567241-4
VD18 80032281-001